

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

VOLUME 11 | NÚMERO 1 | 2020



UNIPÊ

Centro Universitário
de João Pessoa

EDITORIAL

A Revista Direito e Desenvolvimento, que é uma publicação semestral, estratificada no sistema como Qualis B1, conforme a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro Universitário de João Pessoa- UNIPÊ, lança o n.1, v. 11 (2020).

A temática desta edição foi livre, sendo no total 15 (quinze) artigos científicos inéditos de doutores, como autor e/ou coautor doutorando ou mestrando. Ademais, temos 2 (duas) publicações escritas em inglês e 1 (uma) escrita em espanhol. Do total, cerca de 85% (oitenta e cinco por cento) dos artigos foram publicados por autores exógenos ao Estado da Paraíba, inclusive com 2 (dois) autores estrangeiros (Espanha e Portugal).

A construção desse trabalho somente foi possível com a participação direta dos autores e avaliadores (por meio do sistema *Double Blind Review*, sendo todos doutores), tanto da própria Instituição, bem como exógenos (de várias regiões do Brasil).

Agradecemos todo o apoio dado pelo Coordenador do PPGD/UNIPÊ (Prof. Dr. Glauber de Lucena), da Reitora do Centro Universitário de João Pessoa- UNIPÊ (Profa. Dra. Mariana Brito), além de todos da família UNIPÊ/Cruzeiro do Sul.

Aos leitores, uma boa leitura!

Prof. Dr. André Ricardo Fonsêca da Silva
Editor Geral da Revista Direito e Desenvolvimento
Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIPÊ

EXPEDIENTE

Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ

Reitora:

Profa. Dra. Mariana de Brito Barbosa

Editores:

Prof. Dr. Andre Ricardo Fonseca da Silva

Profa. Dra. Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira

Coordenador do PPGD/UNIPÊ:

Prof. Dr. Glauber de Lucena Cordeiro

Corpo Docente do PPGD/UNIPÊ:

Prof. Dr. Alfredo Rangel Ribeiro

Prof. Dr. Andre Ricardo Fonseca da Silva

Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de N. Deodato

Profa. Dra. Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira

Prof. Dr. Glauber de Lucena Cordeiro

Prof. Dr. Gustavo Rabay Guerra

Profa. Dra. Maria Marconiete Fernandes Pereira

Prof. Dr. Paulo Henrique Tavares da Silva

Prof. Dr. Rogerio Magnus Varela Gonçalves

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga

Produção editorial:

DigitalPub Soluções Editoriais

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A BRECHA TECNOLÓGICA COMO UM
DOS OBSTÁCULOS AO DESENVOLVIMENTO

ANDRÉ RICARDO FONSÊCA DA SILVA

VOLUME 11 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2020

A BRECHA TECNOLÓGICA COMO UM DOS OBSTÁCULOS AO DESENVOLVIMENTO

TECHNOLOGICAL BREAK AS ONE OF THE OBSTACLES TO DEVELOPMENT

Recebido: 15/07/2020
Aprovado: 16/07/2020

André Ricardo Fonsêca da Silva¹

RESUMO:

O presente artigo buscou examinar a brecha tecnológica como um dos obstáculos ao desenvolvimento. A abordagem foi feita com foco na análise da igualdade na distribuição de oportunidades de acesso às tecnologias da informação e da comunicação (TIC) no contexto dos indicadores utilizados para medir o acesso às TIC. A abordagem metodológica apontou-se como qualitativa, dedutiva com a técnica de revisão bibliográfica em material brasileiro e estrangeiro. Na pesquisa, constatou-se que a inclusão digital como objeto da redução das desigualdades sociais só se dá se as TIC forem apropriadas como instrumentos que propiciem aos usuários digitais uma melhoria real das suas vidas, transformando-os de indivíduos acríticos em cidadãos conscientes, reflexivos e críticos das informações colhidas nas TIC.

Palavras-chave: Inclusão Digital. Pobreza. Desenvolvimento.

7

ABSTRACT:

This article sought to examine the technological gap as one of the obstacles to development. The approach was made with a focus on analyzing equality in the distribution of opportunities for access to information and communication technologies (ICT) in the context of the indicators used to measure access to ICT. The methodological approach was pointed out as qualitative, deductive with the technique of bibliographic review in Brazilian and foreign material. In the research, it was found that digital inclusion as an object of reducing social inequalities only occurs if ICTs are appropriated as instruments that provide digital users with a real improvement in their lives, transforming them from uncritical individuals into conscious, reflective citizens and critics of information gathered from ICT.

Keywords: Digital inclusion. Poverty. Development.

1 INTRODUÇÃO

No contexto social da Era Informacional a qual estamos inseridos surgem várias perguntas, tais como: está havendo a igualdade na distribuição de oportunidades de acesso às tecnologias da informação e da comunicação (TIC)?

¹ Doutor em Políticas Públicas e Formação Humana pela UERJ, Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB, Especialista em Direito Municipal pela UNIPÊ e Graduado em Direito pela UNIPÊ. Professor do Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE). E-mail: professor.andrefonseca@gmail.com

Há obstáculos no acesso às TIC? A desigualdade social e econômica são barreiras para a diminuição da desigualdade de acesso às TIC? A brecha tecnológica é um retrato da exclusão social?

Desta feita, este artigo busca analisar a brecha tecnológica como um dos obstáculos ao desenvolvimento. Para tanto, foi desenvolvida uma pesquisa qualitativa, que não tem por foco a elaboração de dados estatísticos, apesar de alguns momentos serem analisados dados de instituições oficiais, por exemplo do IBGE. Além disso, foi utilizado o método dedutivo, partindo do tema geral brecha tecnológica, para chegar no tema específico que trata da brecha tecnológica ratificada pela pobreza, o que afeta o desenvolvimento de parcela dos cidadãos brasileiros. Concomitantemente foi utilizada a técnica de pesquisa de revisão bibliográfica, levantando informações em livros, periódicos, indicadores sociais governamentais e dados do Ministério das Comunicações, Ministério da Educação, do IBGE e da PNAD.

Assim, permeados pelos questionamentos realizados anteriormente, fizemos a seguinte divisão: a seção 2 apresenta uma reflexão da expressão brecha tecnológica – sua origem, sinônimos; a seção 3 destaca a pobreza e a exclusão digital e é subdividida nos tópicos – a pobreza como uma expressão da desigualdade e a exclusão digital e a desigualdade social; a seção 4 enfatiza o processo de não inclusão digital no Brasil e; finalmente, a seção 6 estão as considerações finais do trabalho.

2 A EXPRESSÃO BRECHA TECNOLÓGICA

Em meados dos anos 90 surgiu o termo *digital divide* que acabou sendo muito difundido por meio dos discursos do presidente e vice-presidente dos Estados Unidos, Bill Clinton e Al Gore, respectivamente. Ninguém sabe ao certo quem o utilizou pela primeira vez, mas inicialmente ele era usado para distinguir a postura de otimismo e pessimismo em relação às inovações tecnológicas da época (LEAL, 2010).

Com a difusão, este termo acabou tendo diversos sinônimos: democratização do acesso às TIC, acesso universal, acesso equitativo, infoinclusão, infoexclusão, *apartheid digital*, *digital gap*, brecha digital, brecha tecnológica, fratura digital, exclusão digital, inclusão digital entre outros (FERNANDES DE ALENCAR, 2008). Mais recentemente, este termo passou a ser empregado para definir a desigualdade existente entre os que possuem e os que não possuem acesso às novas tecnologias, em especial à Internet, e sobre as possibilidades de informação disponibilizadas na rede (LEAL, 2010).

Já os países hispano-americanos adotam o termo brecha tecnológica ou brecha digital e, de acordo com a ALADI (*Asociación Latinoamericana de Integración*), refere-se à linha que divide o grupo de pessoas que têm acesso às TIC do grupo que não possuem acesso. No Brasil é mais comum encontrarmos os termos inclusão digital e exclusão digital, ou infoinclusão para designá-los.

A inclusão digital pode ser conceituada, pois, como o processo de democratização do acesso às novas TIC e melhores condições de vida a todos os cidadãos, permitindo que estes se insiram na sociedade informacional. Já a exclusão digital seria o termo usado para resumir todo um contexto que impede a maioria das pessoas de participarem dos benefícios das novas TIC.

Destarte, o termo inclusão digital pode envolver diferentes áreas, tais como educação, comunicação, ciência da computação e ciência da informação. Além disso, a ação de inclusão digital pode ser presidida pelo governo ou pela sociedade civil, por exemplo organização não-

governamental. Estes fatores já demonstram que o termo inclusão digital é um termo em constante evolução. (MEDEIROS NETO; MIRANDA, 2009)

Outros autores, como Rodrigues e Maculan (2012), preferem usar o termo fratura digital (“tradução” da expressão inglesa *digital divide*), para expressar, inicialmente, a desigualdade de acesso às TIC. Porém, atualmente, fratura digital deve ser usada para expressar não só o desafio da diminuição da lacuna de acesso às TIC como também a capacidade cognitiva dos indivíduos no acesso a estas tecnologias. Neste sentido, conforme Bruno (BRUNO *et al.*, 2011) o termo fratura digital torna-se multidimensional por envolver as facetas de acesso e de capacidade.

Como no Brasil é comum utilizar as expressões inclusão digital e exclusão digital para tratar do acesso desigual às tecnologias de informação e comunicação, do acesso aos computadores e do acesso à Internet tomando como base ao que foi definido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), então, no decorrer deste trabalho empregaremos este binômio, que inclusive é utilizado pelo governo federal para a elaboração de indicadores.

Discutir sobre inclusão e exclusão digital nos faz pensar se estes termos estão relacionados à exclusão social, ou seja, ser excluído digital é, também, ser excluído social?

O relatório “Redefinindo a Exclusão Digital” (*Redefining the digital divide*), publicado em novembro de 2013 pela EIU (*Economist Intelligence Unit*), traz informações relevantes, mostrando que apesar do aumento significativo na última década em relação ao acesso à Internet, ao aumento da largura de banda, à mobilidade etc, percebeu-se que as pessoas deixadas para trás estão ficando ainda mais para trás na sociedade atual (ANDREASSON, 2013). De acordo com o relatório:

- A renda e a acessibilidade são as principais contribuições para a exclusão digital atualmente (63%), seguidos da falta de habilidades digitais para o uso das tecnologias digitais (56%).
- Quem deve financiar a solução para a exclusão digital continua sendo o maior ponto de discórdia entre os líderes do governo e da indústria (30%), seguido por divergências sobre a necessidade de reforçar as habilidades de TI (17%) e o papel da concorrência e da regulamentação (15%).
- Habilidades digitais – a habilidade de uma pessoa para acessar, adaptar e criar conhecimento usando as ferramentas digitais – foram citadas com “muito” ou “parcialmente importante” por 99% dos participantes, enquanto 100% dos entrevistados acredita que as habilidades digitais se tornarão mais importantes para as pessoas e empresas ao longo dos próximos três anos.
- Parcerias, tais como o trabalho do setor privado com subsídios do setor público (49%) ou parcerias formais Público-Privadas (41%), são consideradas as melhores abordagens para chegar a soluções para a exclusão digital. Apenas 17% dos participantes acha que o setor privado sozinho é mais indicado para resolver o desafio da exclusão digital.

Ao visualizar este cenário é importante mapear os processos de inclusão e exclusão e, desta forma, elaborar estratégias que envolvam toda a sociedade, o poder público e o setor privado evitando um novo tipo de marginalização e, conseqüentemente, uma avalanche de pessoas excluídas socialmente.

3 A POBREZA E A EXCLUSÃO DIGITAL

Para dialogarmos a pobreza com a exclusão digital, achamos melhor fazermos uma divisão, onde inicialmente retratamos a pobreza como uma expressão da desigualdade e, posteriormente, falaremos da exclusão digital (com suas várias denominações) e a desigualdade social.

3.1 A pobreza como uma expressão da desigualdade

O fenômeno da pobreza tem sido objeto de estudos há muito tempo, pois no desenvolvimento histórico das sociedades, sempre esteve imersa na convivência social do ser humano. Para entendermos melhor sobre a relação da pobreza com a exclusão digital, faremos, inicialmente, um estudo conceitual sobre pobreza.

A pobreza pode ser vista por várias abordagens:

- 1) a partir de diferentes fundamentos teórico metodológicos: positivistas (funcionalistas, estruturalistas) marxistas;
- 2) do ponto de vista do desenvolvimento histórico social e político da sociedade capitalista: do Estado liberal (prevalência do mercado) ao Estado social (direitos sociais);
- 3) do ponto de vista da definição dos indicadores, as medidas da pobreza podem ser monetárias, quando utilizam a renda como principal determinante da linha de pobreza e podem recorrer a indicadores multidimensionais, que incluem atributos não monetários para definir a pobreza, como o IDH, e o índice Gini. Esses indicadores multidimensionais incluem aspectos que afetam o bem-estar dos indivíduos e a não satisfação de suas necessidades básicas. Consideram como essencial para definir a condição de pobreza o acesso a alguns bens, de modo que sem esses os cidadãos não são capazes de usufruir uma vida minimamente digna. Incluem: água potável, rede de esgoto, coleta de lixo, acesso ao transporte coletivo, educação saúde e moradia. O caráter multidimensional da pobreza leva à necessidade indicadores que tenham uma correspondente abordagem multidimensional e que levem em consideração como indivíduo percebe sua situação social. (YAZBEK, 2012, p. 290-291)

No que se refere às possibilidades de se identificar a pobreza, há duas grandes vertentes: uma delas é descritiva e a outra é a política. A caracterização da pobreza, conforme a análise descritiva, consiste no reconhecimento de um estado de privação. Já na percepção política, identifica-se a pobreza como resultado de um processo de exclusão política. As duas análises podem ser complementares, de acordo com Sen (2010), sendo que a pobreza descritiva pode ser utilizada como diagnóstico.

Já outra maneira de se estudar a pobreza é seguirmos as grandes perspectivas filosófico políticas: estado liberal, estado neoliberal e marxismo. Para isto, iremos iniciar o estudo falando sobre o liberalismo.

Os ideais liberais se baseiam na liberdade de todos os homens em possuir propriedades privadas. Inclusive John Locke estabelece que é papel dos governos assegurar ao seu povo a garantia dos direitos de propriedade, caso contrário deveria ser substituído.

Para Locke, que foi o precursor do liberalismo político e defensor dos ideais burgueses, escreveu o livro Segundo Tratado sobre o Governo Civil (1690), onde descreveu a importância da razão humana para a superação do estado de natureza, e defendeu também como princípios essenciais em uma sociedade a existência de um governo civil que assegure a todos, indistintamente, os direitos naturais. Assim, Locke entendia que todo ser humano tem,

naturalmente, o direito à vida, à felicidade, à liberdade, à independência e à propriedade. A igualdade encontra-se no interior da doutrina dos direitos naturais.

Entre o final do século XVIII e o início do século XX, cresce o liberalismo econômico, que teve como propósito garantir a predominância da burguesia sobre as demais classes, e também a busca daquela classe de se defender da atuação interventiva do Estado.

Nesse diapasão, cabe destacar Adam Smith (1723-1790) que ficou conhecido como pai do liberalismo econômico, e em 1776 publicou sua mais notável obra a Riqueza das Nações, que influenciou todo o pensamento econômico da época, sendo considerado o marco do surgimento da economia política como um novo ramo do conhecimento científico. Os seguidores de Adam Smith, conhecidos como “clássicos”, entendiam que o princípio que regula a vida econômica é a livre concorrência a ausência do Estado como regulador da economia, o que ficou conhecido como “mão invisível”. Smith, portanto, revolucionou a economia ao propor a ideia de que o mercado seria autoajustável e naturalmente eficiente por meio da interação dos indivíduos em um sistema de livre mercado.

Para Smith, a verdadeira riqueza das nações está no trabalho, o qual deve ser guiado pela livre iniciativa dos empreendedores. Desta forma, na ótica liberal, base da sociedade capitalista, o valor de um bem depende do trabalho empregado para sua obtenção (GASTALDI, 2009). Assim, a riqueza de qualquer nação está diretamente relacionada à quantidade e qualidade do trabalho de que essa nação possa dispor, atribuindo, pois, ao trabalho a noção de valor.

A sua visão otimista se aplica à produção das riquezas, mas ele não chega a sustentar que as riquezas são distribuídas entre os homens da maneira mais equitativa possível. É um liberal hostil à intervenção do Estado no domínio econômico, pois a julga não somente inútil, mas nefasta. Seu liberalismo, entretanto, nada tem de intransigente, e, em certos casos, a intervenção dos poderes públicos parece-lhe absolutamente justificada.

Sandroni (1999) destaca que a filosofia do liberalismo foi criticada por novas escolas do pensamento econômico desenvolvidas já na segunda metade do século XIX, pois seus princípios não mais se adequavam à nova realidade econômica. Nesse período, onde houve a expansão do capitalismo, surgiram também crises de superprodução, além de alta concentração de renda e de propriedade. Assim, o auto ajustamento da oferta e da procura não funcionou muito bem na prática, não proporcionando uma harmonia entre os interesses individuais e os coletivos em uma sociedade.

Desta forma, houve no liberalismo um acúmulo de riqueza que trouxe por consequência o poder econômico, porém este poder cresceu de tal forma que se transformou num abuso do poder econômico que fez com que a igualdade do liberalismo vira-se uma piada (NEVES, 2003).

Para Smith a existência da pobreza é percebida como um processo natural, pois é fruto das diferenças individuais. Ele pensa que todos, na sociedade liberal, podem ser proprietários, até mesmo os mais pobres, pois o que explica as diferenças sociais são o ócio e a tendência para a preguiça dos pobres.

No pensamento de Smith o progresso econômico propiciaria a eliminação da pobreza, seja diretamente pela geração de emprego e renda e indiretamente via elevação do padrão de vida dos trabalhadores e da produtividade do trabalho.

Neste contexto a importância da diminuição da exclusão digital, pois com a inclusão digital dos excluídos socialmente, poderia haver uma inclusão social e a oportunidade dos pobres saírem da pobreza. Entretanto, não é isso que estamos visualizando, pois a diminuição da exclusão digital não se dará apenas por meio do acesso às TIC, é necessário também a criação e desenvolvimento da competência informacional (como será demonstrado abaixo), que só se dará através da educação.

Para o liberalismo clássico a igualdade de oportunidades é possível se houver a igual atribuição dos direitos fundamentais à vida, à liberdade e à propriedade. Assim, para que cada um alcance a posição apropriada à sua máxima capacidade, faz-se mister a igualdade de direitos (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000).

Entretanto, esta igualdade de direitos prescrita pela teoria liberal clássica não foi suficiente para que os socialmente desfavorecidos tivessem acesso às oportunidades a qual a burguesia tinha. Assim, na prática liberal o que aconteceu foi um favorecimento ao acúmulo de bens pela burguesia frente ao proletariado.

Desta forma, fazem-se necessários privilégios jurídicos e materiais, ou seja, distribuições desiguais, para que os não privilegiados economicamente sejam nivelados em oportunidades frente aos privilegiados. Daí a necessidade da diminuição da brecha digital, que marca socialmente a sociedade desigual a qual estamos inseridos e só aumenta o fosso social caso não seja minimizada a exclusão digital.

Já na percepção neoliberal há vários autores, como Schultz, Becker, Friedman e Hayek. Sendo este último o principal formulador do neoliberalismo, por isso será objeto principal das nossas análises.

Não tinha como Hayek negar a existência de pessoas em situações de miséria e também dos desempregados. Desta forma, no seu pensamento essas pessoas são consideradas como sendo perdedoras. Apesar de admitir que algumas dessas pessoas sejam perdedoras não apenas por falta de competência, mas porque tiveram azar nas suas vidas. Porém não deixam de serem perdedores. (LEHER, 2010)

Para Hayek (1987) é inegável que o Estado de Direito gera desigualdade, porém ela não é criada intencionalmente.

Na visão neoliberal, há uma continuidade da interpretação liberal de igualdade, ou seja, consiste na possibilidade de todos serem inseridos no mercado, uns como proprietários dos meios de produção, já outros apenas como vendedores da sua força de trabalho. Assim, apenas o acesso às TIC já satisfaz ao neoliberalismo, não é o foco do neoliberalismo a busca de políticas estruturantes (conforme será analisado mais a frente) para a mitigação da brecha digital por meio do aumento da competência informacional. O que fica demonstrado o individualismo neoliberal.

Para Hayek (1987) para os pobres apenas restam duas opções:

- a) intervenções compensatórias emergenciais por parte do Estado;
- b) ação solidária e filantrópica da sociedade civil e de empresas “socialmente” responsáveis.

Já na visão marxista, contrariando o pensamento neoliberal (que a desigualdade é interpretada como sendo necessária para o progresso), a desigualdade tem fundamento estrutural no processo de produção de riquezas da sociedade capitalista. A exploração entre os que detêm os meios de produção (capitalistas) e os que vendem suas capacidades produtivas (proletários) tende sempre a beneficiar a acumulação de capitais nas mãos dos primeiros.

O Estado não é um agente neutro e suporta a ideologia da classe capitalista (ideologia que camufla/esconde os artifícios políticos que tentam justificar/naturalizar a desigualdade).

As ideias liberais de direitos e justiça não são emancipatórias, mas alienantes:

- a) enfatizam direitos individuais (p. ex. propriedade privada) em contraposição a natureza social – comunitária – das relações humanas;
- b) promovem a ilusão igualitária (direitos e justiça), ao tempo que é marcada pela diferença de poder entre as classes.

Na visão marxista, a exclusão digital é mais uma das expressões da questão social, ou seja, é consequência da relação dialética da sociedade capitalista, onde o burguês quer sempre lucrar mais em cima da mão de obra vendida dos proletariados que é vendida a preço baixo e só gera mais lucro ao burguês.

A exclusão digital serve para ratificar ainda mais a desigualdade social existente na sociedade capitalista.

Portanto, após fazermos uma relação das teorias clássicas da política em relação à exclusão digital, é importante entendermos que a pobreza não pode ser mais vista como uma chaga aberta que remete um atraso socioeconômico que envergonha um determinado país. Deve ser sim objeto de políticas públicas que quebrem o círculo perverso da pobreza (família pobre, educação incompleta, desemprego, pobreza).

As políticas públicas devem ser focadas na inserção do pobre, buscando combater o comodismo e a ociosidade provocados pelo assistencialismo, seguindo um pensamento de substituição do *Welfare State* para *Workfare State*. Inclusive a educação seguida de política de trabalho deve ser no sentido de gerar qualificação profissional, intermediação de emprego e crédito para gerar novos empreendedores, daí a importância da inclusão digital para poder propiciar melhoria de empregabilidade, o que nos remonta à igualdade.

Entendemos que o aumento de capacidades que gerará o aumento da possibilidade de recebimento ou até melhoria de renda, ou seja, os investimentos em políticas sociais voltadas para educação e saúde podem estar relacionados ao aumento da renda de populações envolvidas.

Neste sentido, Sen (2010) destaca que a melhoria dos serviços, tais com os educacionais não apenas melhoram a qualidade de vida, como também geram a maior possibilidade do indivíduo auferir renda, dando-se a possibilidade de sair da pobreza.

Entendemos, pois que a inclusão digital também pode ser um propiciador da melhoria das condições de vida dos indivíduos, possibilitando uma redução das desigualdades sociais. Porém, para que haja esta inclusão é necessário ter uma melhoria educacional do povo brasileiro, que permita que os indivíduos tenham capacidade para serem cidadãos ativos na sociedade informacional. Assim, é de suma importância ter um estudo sobre a relação da inclusão digital com a inclusão social, permeado pela busca da igualdade, o que será objeto do próximo tópico.

3.2 A exclusão digital e a desigualdade social

As TIC têm influenciado as relações sociais em todas as partes do mundo e têm sido determinantes para um novo modo de vida na sociedade. Neste sentido, podemos estar em vários lugares sem termos a necessidade de sair dos nossos quartos, podemos interagir com amigos através de meios de comunicação tão eficientes que dão a sensação de estarmos ao lado da outra pessoa.

E no contexto dessas relações nesta rede global, *Internet*, que surgem diversas discussões provenientes do surgimento de uma nova sociedade, a cibersociedade. A própria denominação dada a estas transformações advindas do desenvolvimento tecnológico tem provocado discussões entre os pesquisadores. Silveira (2001) utiliza a expressão Revolução Informacional, já Castells (1999) prefere chamar este período de Era da Informação.

Percebemos que da mesma forma como as máquinas a vapor marcaram as indústrias têxteis no século XIX, a informação e seus mecanismos de transmissão e armazenamento estão aumentando a capacidade de agir e se comunicar dos indivíduos.

Entretanto, esta percepção não pode ser usada de forma a dizer que houve uma ruptura com a sociedade industrial ou até mesmo que provocou uma ruptura no modo de produção capitalista. Isto porque há uma continuidade do capitalismo, mas sob novas bases, ou seja, um modelo de desenvolvimento industrial que se funda na inovação tecnológica.

Assim, nesta era das TIC houve transformações em vários setores da sociedade, contudo a realidade social capitalista continua gerando dominação, exclusões e desigualdades. Por isso, a importância de entendermos a exclusão digital num contexto da sociedade capitalista marcada pelas expressões da questão social.

Ao estudarmos sobre exclusão digital percebemos uma ligação direta com as discussões sobre igualdade e desigualdade. Tendo em vista que a desigualdade social favorece a exclusão digital, e esta intensifica a desigualdade social, tanto que os pobres são, comumente, os excluídos também da sociedade em rede (ANDREASSON, 2013).

Há autores (ASSUMPTÃO; MORI, 2006) que defendem que a inclusão digital é propiciadora da inclusão social, pois pode possibilitar o aumento da empregabilidade, melhores condições para o desenvolvimento de comunidades antes isoladas. Porém, apenas o acesso às TIC não foi suficiente para melhorar as condições de vida das classes mais pobres, pois só o acesso não propicia uma verdadeira inclusão digital que promova a inclusão social.

Temos que lembrar que a falta de acesso às informações disponibilizadas pelas TIC aumenta a lacuna (*gap*) entre os cidadãos que tiveram acesso à informação e aqueles que foram excluídos deste acesso. Desta forma, a exclusão digital afeta diretamente a inclusão social, ou seja, falar-se em inclusão digital é o mesmo que se falar em cidadania, em igualdade dos indivíduos.

Cabe, pois, retornarmos ao ponto da necessidade do desenvolvimento da capacidade cognitiva para que os indivíduos possam processar as informações de forma que sejam estimuladores da melhoria de vida dos indivíduos, sejam cidadão ativos e críticos na sociedade em rede. Tendo em vista que a necessidade do desenvolvimento da capacidade cognitiva é bastante esquecida nos programas de inclusão digital do governo.

O desenvolvimento da capacidade cognitiva do indivíduo é conhecido na literatura estrangeira como *information literacy*, que, geralmente, é traduzido como competência informacional.

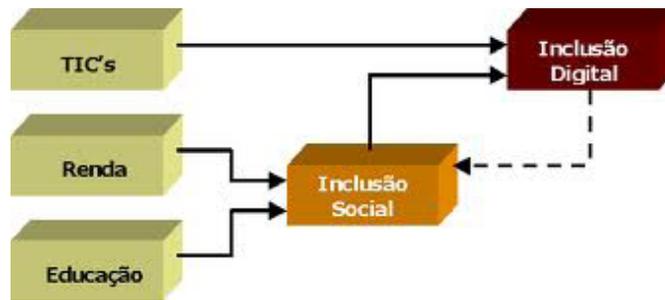
Para Dudziak (2002) a competência informacional pode ser definida como sendo o domínio do universo informacional, de forma que possa incorporar habilidades, conhecimentos e valores relativos à busca, acesso, avaliação, organização e difusão da informação e do conhecimento.

Como lembra Pinheiro (2007) a inclusão digital não deve ser entendida apenas como acesso às TIC, à rede, aos jogos. O indivíduo não deve se restringir a somente localizar a informação, deve sim ser capaz de entender a informação, avaliá-la e usá-la, proporcionando o auto aprendizado.

Neste diapasão, percebe-se a importância da competência informacional para que o usuário das TIC tenha um papel ativo como produtor de conhecimentos e não apenas um papel passivo de receptor acrítico de informações.

Já Silva Filho (2003) ressalta que a inclusão digital envolve três pilares, que são as TIC, a renda e a educação. Isto porque mesmo que haja o acesso à renda, faz-se necessário o outro pilar educação, porque apenas o acesso à renda e às TIC se não souber utilizar e até mesmo acessar as tecnologias digitais não haverá uma boa funcionalidade da informação.

Figura 1 – Inclusão Social



Fonte: SANTOS, RAFALSKI, 2014, p. 16

Portanto, apenas conceder acesso a baixo custo de computadores às pessoas não é inclusão digital, é necessário também ensiná-los a utilizar estas ferramentas digitais de forma eficaz, maximizando as informações acessadas e sendo um sujeito crítico ativo destas informações colhidas nas TIC.

Inclusive, em algumas campanhas eleitorais no Brasil, foi muito prometido pelos candidatos acesso a baixo custo de *tablets*, como se apenas isso pudesse incluir os excluídos digitais e que fosse impactar diretamente na diminuição da desigualdade da sociedade brasileira.

É preciso que as ações relacionadas à inclusão digital sejam menos teóricas, e sim mais práticas e eficazes à vida social dos indivíduos e das comunidades, pois o que é mais comum é se perceber que quanto mais pobre é uma determinada comunidade menos investimentos chegam até ela, inclusive os investimentos relacionados à inclusão digital, o que aumenta ainda mais os problemas sociais. (ANDREASSON, 2013; MITCHELL, 2002)

Neste contexto, defendemos que a desigualdade social favorece a exclusão digital e esta também estimula a desigualdade social, aumentando a lacuna (*gap*) social, ou seja, um ciclo que se retroalimenta.

Para melhor explicar a relação direta entre a desigualdade social e a exclusão digital, iremos elencar algumas tabelas que demonstram o processo de inclusão no mundo e depois do Brasil.

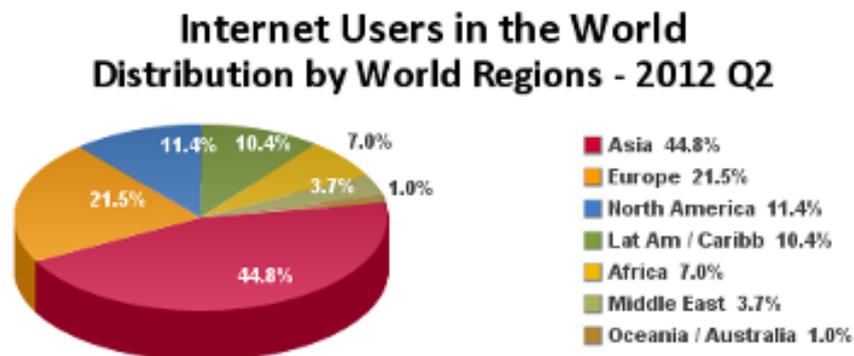
A tabela 1 e a figura 2 apresentam uma visão global da situação da internet no mundo com dados populacionais e de acesso à internet. Vale ressaltar que o gráfico obtido pela última coluna da tabela 1 sinaliza as porcentagens de usuários da internet. Percebe-se, na tabela 1, que há uma maior inclusão digital nas regiões mais ricas. Já em regiões mais pobres, como a África, observa-se que são regiões extremamente marcadas pelo não acesso às TIC, o que aumenta a desigualdade destas regiões em comparação com as regiões mais ricas, como a Europa.

Tabela 1 - Usuários de internet x população mundial

WORLD INTERNET USAGE AND POPULATION STATISTICS June 30, 2012						
World Regions	Population (2012 Est.)	Internet Users Dec. 31, 2000	Internet Users Latest Data	Penetration (% Population)	Growth 2000-2012	Users % of Table
Africa	1,073,390,925	4,514,400	167,335,676	15.6 %	3,606.7 %	7.0 %
Asia	3,922,056,507	114,304,000	1,076,681,059	27.5 %	841.9 %	44.8 %
Europe	820,918,446	105,096,000	518,512,109	63.2 %	393.4 %	21.5 %
Middle East	229,608,203	3,204,000	90,000,455	40.2 %	2,639.9 %	3.7 %
North America	348,290,154	108,096,000	273,785,413	78.6 %	153.3 %	11.4 %
Latin America / Caribbean	593,698,630	18,068,919	254,915,745	42.9 %	1,310.0 %	10.6 %
Oceania / Australia	35,903,569	7,620,400	24,287,919	67.6 %	210.7 %	1.0 %
WORLD TOTAL	7,017,046,922	350,905,492	2,405,510,376	34.3 %	566.4 %	100.0 %

Fonte: www.internetworldstats.com/stats.htm

Figura 2 - Usuários da Internet no mundo - Distribuição pelas regiões – 2012



Fonte: www.internetworldstats.com/stats.htm

Tabela 2 - Domicílios particulares permanentes, conforme algumas características - Brasil - 2011-2012

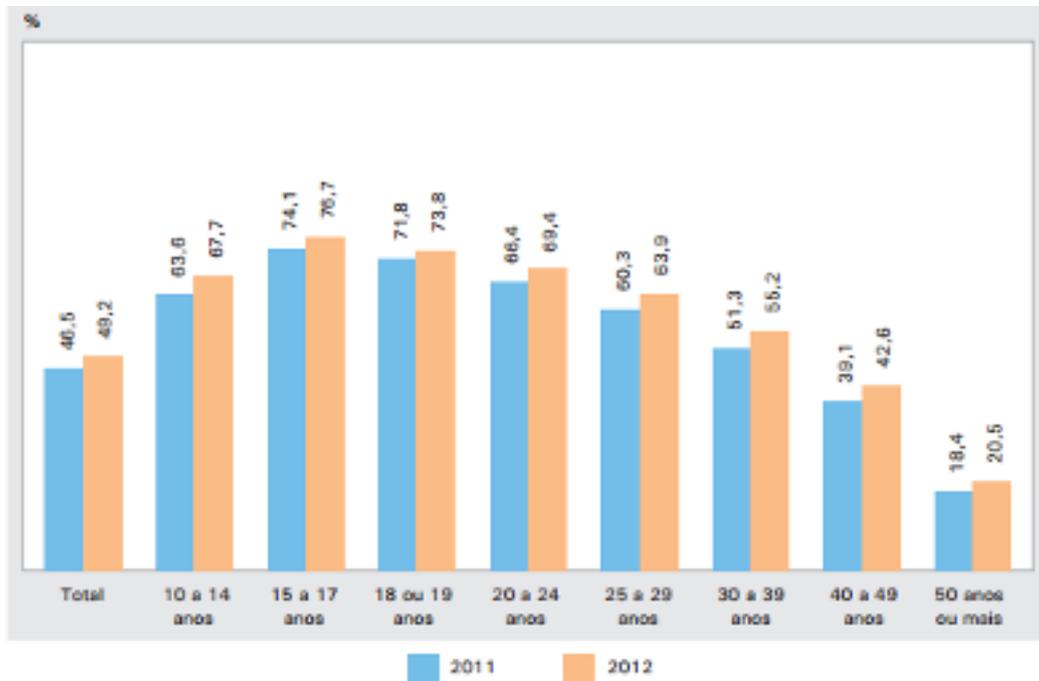
Algumas características	Domicílios particulares permanentes			
	2011		2012	
	Total	Percentual (%)	Total	Percentual (%)
Iluminação elétrica	60 879	99,3	62 546	99,5
Telefone	55 085	89,9	57 327	91,2
Somente móvel celular	30 482	49,7	32 284	51,4
Somente fixo convencional	2 123	3,5	1 857	3,0
Celular e fixo convencional	22 481	36,7	23 186	36,9
Fogão	60 447	98,6	62 063	98,7
Filtro de água	32 617	53,2	33 364	53,1
Geladeira	58 690	95,8	60 744	96,7
Freezer	10 077	16,4	10 469	16,7
Máquina de lavar roupa	31 250	51,0	34 654	55,1
Rádio	51 135	83,4	50 821	80,9
Televisão	59 381	96,9	61 092	97,2
DVD	46 298	75,5	47 784	76,0
Microcomputador	26 307	42,9	29 137	46,4
Microcomputador com acesso à Internet	22 395	36,5	25 325	40,3
Carro	25 096	40,9	26 663	42,4
Motocicleta	11 679	19,1	12 583	20,0

Fonte: IBGE, Diretório de Pesquisas, Coordenação do Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2011-2012.

Na tabela 2 verifica-se que quase metade (46,4%) dos lares brasileiros possuem computadores. E apenas 40,3% dos lares brasileiros têm acesso à internet, o que evoluiu ao se comparar os anos de 2011 e 2012.

A figura 3 mostra que aproximadamente 83 milhões de pessoas com idade superior a dez anos declararam ter acessado a internet nos três meses anteriores à pesquisa realizada pelo IBGE em 2012, o que significou um aumento de 6,8% em relação ao ano anterior (IBGE, 2012)

Figura 3 - Percentual das pessoas que utilizaram a Internet, no período de referência dos últimos três meses, na população de 10 anos ou mais de idade, segundo os grupos de idade - Brasil - 2011-2012



Fonte: IBGE, Diretório de Pesquisas, Coordenação do Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2011-2012.

Vale ressaltar que o método utilizado pelo IBGE considera inclusão digital apenas o acesso à internet nos três meses anteriores à pesquisa. Entretanto, discordamos deste método, porque para se analisar a inclusão digital pensamos ser necessário a mensuração da influência do uso das TIC para inclusão social, tais como melhoria da empregabilidade. Diferente disso, apenas teremos índices estatísticos com grandes limitações, pois não vão ao cerne do problema que é a qualidade do acesso, tanto por parte da perspectiva da conexão de acesso a rede quanto por parte da competência informacional do usuário da TIC.

Neste sentido, Assumpção e Mori (ASSUMPÇÃO; MORI, 2006) lembram que a inclusão digital só se tornaria fator preponderante para uma inclusão social se possibilitar aumento de empregabilidade, melhores condições para o desenvolvimento das comunidades, participação e autonomia crítica provocadora de mudanças de práticas políticas.

Na Tabela 3 se depreende que a inclusão digital no Brasil está relacionada ao nível de desenvolvimento econômico de cada estado brasileiro, pois os estados das regiões norte que são bastante marcados pela pobreza têm baixa inclusão digital. Diferentemente, dos estados das regiões sudeste e sul que já possuem maior índice de inclusão digital.

Tabela 3 - Domicílios particulares permanentes urbanos, total e proporção dos domicílios, por acesso a alguns serviços e posse de alguns bens duráveis, segundo as Grandes Regiões, Unidades da Federação e Regiões Metropolitanas - 2008

Grandes Regiões, Unidades da Federação e Regiões Metropolitanas	Domicílios particulares permanentes urbanos								
	Total (1 000 do- mícios)	Proporção, por acesso a alguns serviços (%)			Proporção, por posse de alguns bens duráveis (%)				
		Ilumi- nação elétrica	Tele- fone fixo	Internet	Compu- tador	Gela- deira	Freezer	TV em cores	Máqui- na de lavar
Brasil	48 905	99,8	50,6	27,5	35,4	95,2	15,6	96,8	46,4
Norte	3 125	99,7	28,8	13,2	20,9	91,5	14,4	95,5	31,1
Rondônia	327	99,4	32,1	19,6	26,2	96,2	15,3	94,5	31,4
Acre	152	99,9	27,8	20,0	25,9	95,3	11,0	95,6	22,1
Amazonas	643	99,9	38,1	14,9	26,2	94,8	19,9	97,6	57,5
Roraima	96	100,0	26,8	16,2	23,0	95,5	10,2	96,8	47,8
Pará	1 462	99,7	24,5	10,1	17,4	88,1	12,3	94,8	21,5
Região Metropolitana de Belém	1 441	99,7	24,4	10,2	17,5	88,1	12,3	94,8	21,7
Amapá	161	100,0	25,2	9,1	16,6	91,6	24,8	98,9	34,9
Tocantins	292	99,1	29,3	15,0	20,4	92,7	8,8	93,1	16,7
Sudeste	23 439	99,9	62,8	33,4	42,0	97,9	15,6	97,7	56,8
Minas Gerais	5 281	99,9	51,3	26,7	35,6	95,7	9,7	96,8	36,4
Região Metropolitana de Belo Horizonte	5 216	99,9	51,4	26,9	35,8	95,7	9,8	96,8	36,6
Espírito Santo	873	99,9	50,7	31,6	38,6	97,2	23,1	97,1	38,7
Rio de Janeiro	5 076	99,9	65,3	34,1	41,6	98,5	21,2	98,2	63,3
Região Metropolitana do Rio de Janeiro	5 068	99,9	65,3	34,1	41,7	98,5	21,2	98,3	63,3
São Paulo	12 208	99,9	67,6	36,2	45,3	98,6	15,3	98,0	64,2
Região Metropolitana de São Paulo	12 013	99,9	67,8	36,4	45,5	98,6	15,5	98,0	64,4
Sul	7 523	99,8	55,5	33,1	43,2	97,9	26,4	97,0	64,0
Paraná	2 892	99,8	58,3	33,8	44,0	97,8	18,1	96,3	58,6
Região Metropolitana de Curitiba	2 874	99,8	58,5	34,0	44,2	97,7	18,1	96,3	58,7
Santa Catarina	1 636	100,0	60,0	38,6	48,0	98,9	36,5	97,8	67,9
Rio Grande do Sul	2 995	99,8	50,4	29,3	39,8	97,5	28,9	97,1	67,2
Região Metropolitana de Porto Alegre	2 895	99,7	50,7	29,5	39,9	97,5	28,7	97,2	67,3
Centro-Oeste	3 713	99,9	44,8	26,4	34,3	96,5	16,7	95,6	37,5
Mato Grosso do Sul	627	99,9	38,2	22,2	30,3	96,8	16,6	94,6	33,0
Mato Grosso	732	99,7	35,4	25,4	31,3	96,4	18,8	93,0	34,4
Goiás	1 649	99,9	42,0	19,5	27,7	95,7	12,9	95,8	29,7
Distrito Federal	705	100,0	67,2	47,3	56,1	98,4	23,3	98,6	63,1

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2008.

Pinheiro (2007) destaca que há dois tipos de políticas sociais: as compensatórias e as estruturais. As compensatórias geram efeito imediato, porém superficiais. Já as políticas estruturais são as que visam uma geração permanente de renda, porque tem por fulcro gerar independência e auto sustentabilidade. Neste contexto a inclusão digital deve ser tratada como uma política estrutural, sendo focada na construção de uma real política de informação, onde o indivíduo possa ter acesso às informações e tenha capacidade informacional para interpretar e dialogar com estas informações.

Neste sentido, faz-se necessário que haja uma política de inclusão digital consolidada e não uma política descontínua, uma política com ações integradas e não ações isoladas, uma política que ultrapasse os limites de meros investimentos em infraestrutura e sim pense na capacidade cognitiva crítica do usuário. Além disso, que haja uma política interministerial, pois a competência informacional dar-se-á por meio de uma evolução educacional da sociedade brasileira na era informacional.

Por último, é interessante falarmos sobre os indicadores de inclusão digital. Na obra Mapa da exclusão digital (NERI, 2012) podemos observar, com base no censo do IBGE, vários indicadores para traçar o perfil dos usuários digitais, por exemplo:

- a) Gênero, onde se percebeu que as mulheres possuíam menos acesso;
- b) Escolaridade, os indivíduos com nível superior incompleto são os principais incluídos digitais domésticos;
- c) Unidades da Federação, os estados mais pobres têm um menor índice de incluídos digitais domésticos;
- d) Raça, a população branca é mais incluída.

Percebe-se, pois uma maior preocupação com o acesso às TIC e não com a qualidade de acesso por falta de competência funcional do indivíduo.

Mattos e Chagas (2008) ressaltam que a literatura referente a análises das políticas públicas sobre a inclusão digital tendem a dizer que os indicadores de inclusão digital deveriam ser focados na análise de cinco aspectos principais:

- a) inserção no mercado de trabalho e geração de renda;
- b) melhoria nas relações entre cidadãos e poderes públicos;
- c) melhoria e facilitação das tarefas cotidianas dos indivíduos;
- d) o incremento de valores culturais e sociais, gerando um aprimoramento da cidadania;
- e) difusão do conhecimento tecnológico.

Os indicadores de inclusão digital, ao invés de darem ênfase apenas no acesso do indivíduo às TIC (o que interessa muito mais ao mercado), deveriam se preocupar também com a mensuração, por exemplo, da inclusão do usuário digital no mercado de trabalho por ter adquirido conhecimentos na cibersociedade. Além disso, deveriam se preocupar também com a mensuração da participação ativa das pessoas que tiveram acesso digital.

Desta forma, indicadores de inclusão digital tradicionais, tais como número de pessoas conectadas à internet e número de computadores conectados à internet, não abrangem a real amplitude e complexidade da inclusão digital. Faz-se mister passar os limites desta análise puramente quantitativa para uma análise mais qualitativa que envolva também a medição de outros aspectos, por exemplo a capacidade cognitiva do usuário digital. Só neste sentido que se poderá falar em igualdade e impacto real dos indicadores na vida dos indivíduos (principalmente daqueles que já são desiguais socialmente).

4 INCLUSÃO DIGITAL NO BRASIL

Antes iniciar a discussão sobre a inclusão digital no Brasil, é importante salientar que a Meta 4 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU é: “Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todas e todos”. Para tanto, as Nações Unidas buscam estabelecer parcerias para o desenvolvimento. Por isso, organizações internacionais como o Banco Mundial, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), a União Internacional de

Telecomunicações (UIT) e inclusive a ONU definiram indicadores que pudessem tornar possível a geração de dados estatísticos sobre o acesso, uso e apropriação das TIC por indivíduos e organizações, e com isso possibilitar informações sobre a inclusão/exclusão digital no mundo.

É interessante que um indicador seja relevante, tenha confiabilidade na coleta dos dados e cobertura apropriada ao objetivo, além de ser replicável, atualizado periodicamente e ter a possibilidade de ser desagregado em níveis geográficos e/ou comparado no tempo (JANNUZZI, 2002). Logo, a formulação de indicadores é primordial para definir ações que permitam à universalização do acesso e do uso das TIC.

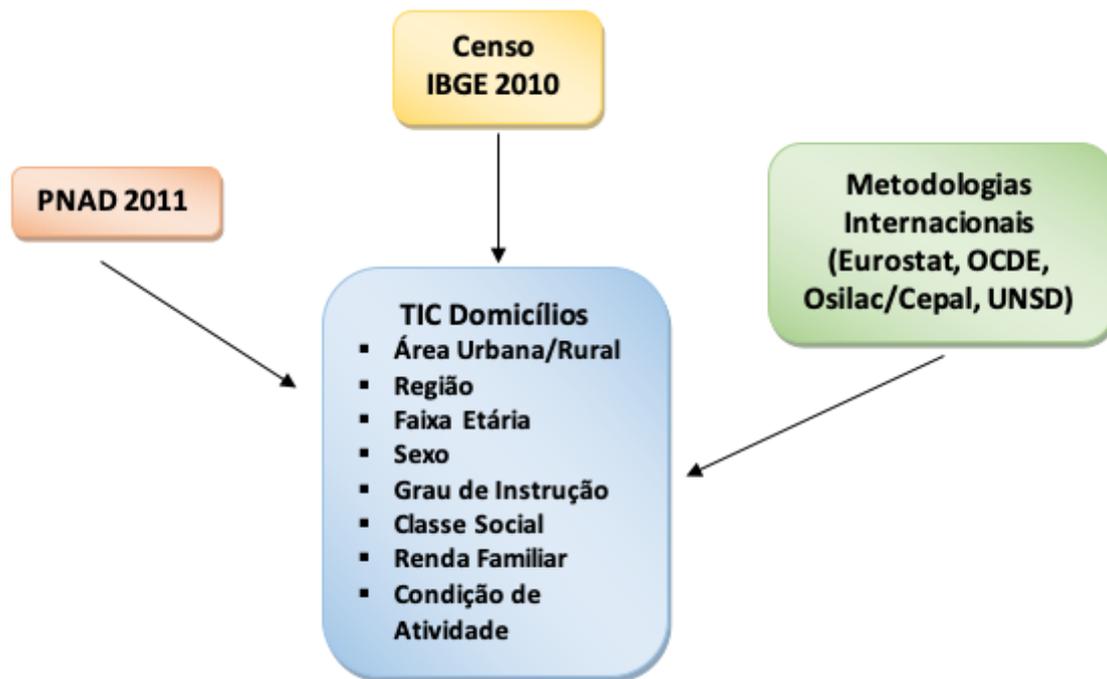
Neste sentido, o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), que foi criado em 1995, tem como missão acompanhar a evolução da Internet nos domicílios, nas empresas e nas escolas, além de produzir e disseminar indicadores e dados estatísticos sobre as TIC. Através do Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação (Cetic.br), um dos departamentos do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), são elaborados relatórios, utilizando os dados estatísticos produzidos, para alimentar o governo com informações confiáveis e com isso, possibilitar a criação de políticas públicas bem como estimular a produção de trabalhos acadêmicos e científicos.

Um dos relatórios gerados pela pesquisa realizada pelo CGI.br é denominado TIC Domicílios que tem como objetivo medir a disponibilidade e o uso das TIC no Brasil por meio dos seguintes módulos temáticos (CGI.BR, 2013):

- perfil domiciliar;
- acesso às tecnologias de informação e comunicação no domicílio;
- uso de computadores, local e frequência de uso;
- uso da Internet;
- governo eletrônico;
- comércio eletrônico;
- habilidades com o computador e a Internet;
- uso de telefone celular;
- intenção de aquisição de equipamentos e serviços TIC.

A pesquisa desenvolvida segue padrões metodológicos com a preocupação de permitir comparabilidade internacional nos seus principais indicadores definidos por instituições como a União Internacional de Telecomunicações (UIT). Estão alinhadas também com os referenciais metodológicos propostos no manual da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), elaborado pela parceria entre a OCDE, o Instituto de Estatísticas da Comissão Europeia (Eurostat) e a aliança formada por diversas organizações internacionais denominada Partnership on Measuring ICT for Development. Além disso, o CGI.br utiliza os dados do Censo Demográfico Brasileiro de 2010 do IBGE, permitindo com isto a representatividade do universo de domicílios e da população brasileira com idade igual ou superior a 10 anos (Figura 5).

Figura 5 - Dados utilizados na Pesquisa TIC Domicílios



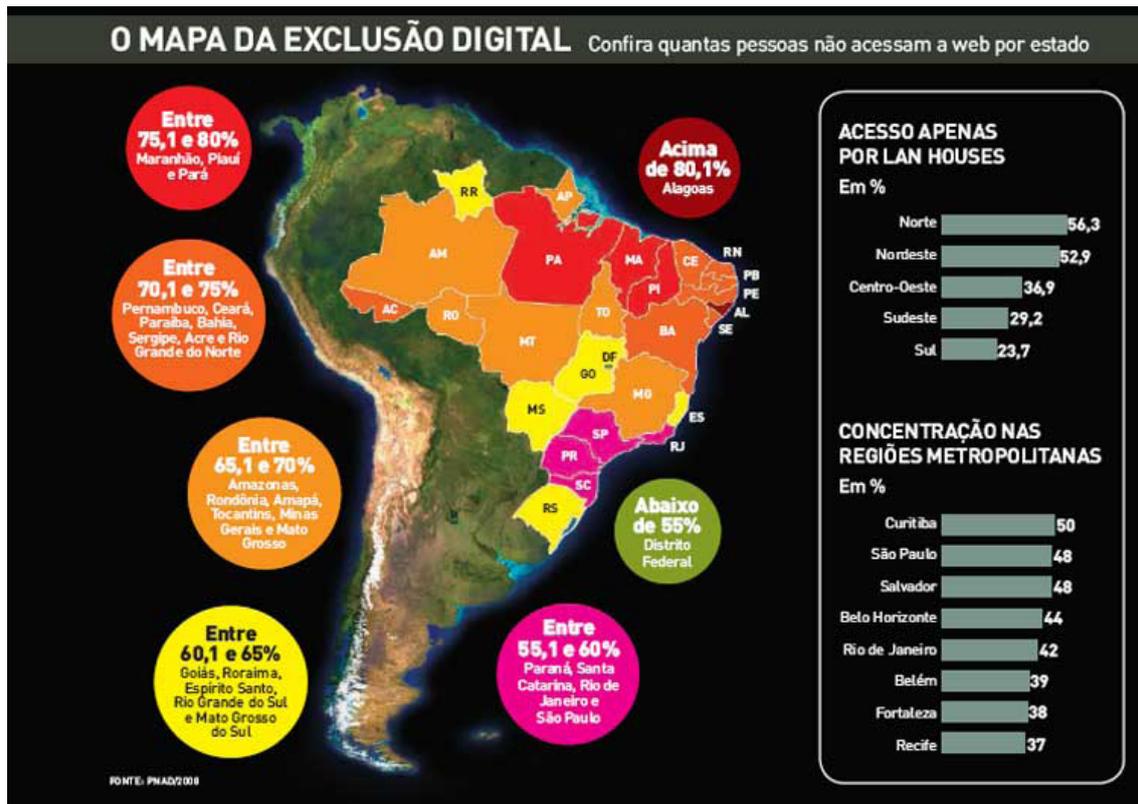
Fonte: CGI.br

Em comparação com a última pesquisa realizada, observou-se um aumento na utilização da Internet. Em 2008, 53% de brasileiros com idade igual ou superior a 10 anos utilizavam a Internet e em 2012 esse número chegou a 69%, ou seja, atingimos a marca de 80,9 milhões de brasileiros nessa mesma faixa etária – um aumento de 19% em quatro anos. Os avanços alcançados nos últimos anos, contudo, não foram suficientes para solucionar disparidades relacionadas à condição socioeconômica e entre as diferentes regiões brasileiras.

De acordo com a pesquisa, quanto mais alta a faixa de renda e a classe social, maior a presença de computadores (foram considerados, na pesquisa, *desktop* e computadores portáteis – *laptops*, *notebooks*, *netbooks* e *tablets*. Não foram incluídos *smartphones*).

Outra diferença visualizada foi em relação às áreas urbanas e rurais e entre as regiões geográficas. Percebe-se que ainda existe uma grande disparidade entre as áreas com acesso à Internet: áreas urbanas (44%) e rurais (10%). Igualmente, o acesso à Internet nas diferentes regiões geográficas é também muito significativo: a região Sudeste possui a maior proporção de domicílios com acesso à Internet (48%), seguido pelo Sul (47%) e Centro-Oeste (39%), enquanto Nordeste e Norte apresentam proporções muito inferiores: 27% e 21%, respectivamente (CGI. BR, 2013).

Figura 6 - Quantidade de pessoas que não acessa a Internet (por estado)



Fonte: PNAD (IBGE, 2014)

Entre as classes sociais também se observa uma grande desigualdade: 97% dos domicílios brasileiros de classe A e 78% de classe B possuem acesso à Internet, apenas 36% dos domicílios da classe C e 6% da classe D e E estão conectados à rede. Como dito na seção anterior, esta pesquisa revela como a exclusão social pode afetar a exclusão digital.

A renda familiar baixa é uma das variáveis que melhor explica os motivos para a inexistência de computador nos domicílios. Conforme a pesquisa realizada, aqueles com renda acima de cinco salários mínimos citaram como motivo para a ausência de computador a falta de necessidade ou interesse. Já os que possuem renda inferior a três salários mínimos citaram como motivo o alto custo tanto dos equipamentos como dos provedores de Internet.

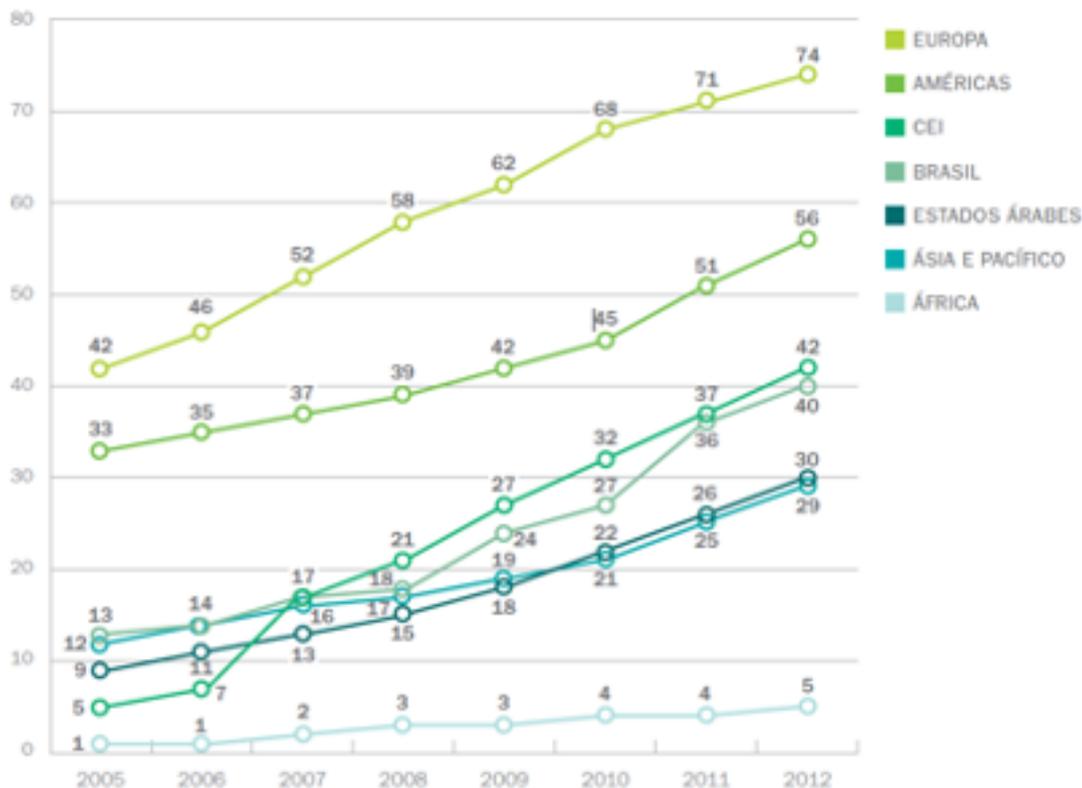
Num país com desigualdades econômicas e sociais, o alto custo dos equipamentos e dos serviços de conexão à Internet continua sendo um obstáculo ao acesso à rede, limitando a abrangência das ações de inclusão digital. Ainda assim, a quantidade de usuários e a frequência de uso da Internet vêm aumentando de maneira significativa no Brasil, principalmente por conta da utilização da Internet em dispositivos móveis.

O Brasil ocupa o 60º lugar no ranking, dos 155 países avaliados, sobre o desenvolvimento mundial das TIC. Para conhecer a posição brasileira no cenário mundial, a UIT (União Internacional das Telecomunicações) criou um índice, denominado IDI - *ICT Development Index* que é composto de onze indicadores agrupados em três categorias: habilidades (proficiência), acesso e uso das TIC – cada uma delas com composições próprias e diferentes pesos na formação do índice.

Todavia, o Brasil encontra-se bem abaixo de outros países dentre aqueles com os maiores PIB do mundo. Enquanto a França (5º maior PIB) está em 18º no ranking IDI, o Reino

Unido (6º maior PIB) está em nono e a Rússia (8º maior PIB) está em 38º. Na comparação com os índices alcançados pelas distintas regiões do mundo, o Brasil aparece muito próximo ao da Comunidade dos Estados Independentes (CEI) e abaixo da média das Américas e da Europa (Figura 7)

Figura 7 - Domicílio com acesso à Internet Brasil X Regiões do mundo (2005 – 2012)



(Fonte sobre o IDI: ITU – *Measuring The Information Society 2012* – Executive summary.

Fonte sobre o PIB: The World Bank: GDP (current US\$) – World Bank national accounts data and OECD National Accounts data files. Dados do PIB referentes a 2012.)

Mesmo em comparação com países da América do Sul, dados obtidos pela UIT, a proporção de domicílios brasileiros com computador (46%) é inferior à verificada em países do Cone Sul, como Uruguai (64%), Argentina (56%) e Chile (54%). O mesmo ocorre em relação a quantidade de usuários da internet, o Brasil possui a mesma proporção encontrada na Colômbia (49%) aparece abaixo do Chile (61%), da Argentina (56%) e do Uruguai (55%).

Isso nos mostra que o Brasil precisa avaliar a situação e elaborar políticas públicas que o coloquem melhor no cenário mundial e conseqüentemente, realizar uma melhor política de inclusão digital (social).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendemos, pois, que a inclusão digital é apenas uma das etapas da inclusão social, mas não que ela seja a razão única propiciadora para a verdadeira inclusão social, precisa haver em conjunto outras políticas públicas estruturais que propiciem e foquem a igualdade.

Para isto nada melhor do que indicadores de inclusão digital eficientes que mensurem não apenas os acessos às TIC, mas também a competência informacional do usuário digital e, principalmente, possam demonstrar qual o impacto real da inclusão digital para a melhoria de vida dos indivíduos incluídos.

Os resultados encontrados em nossa pesquisa revelam que as políticas públicas voltadas à inclusão digital e ao acesso à Internet nos domicílios brasileiros ainda estão longe do ideal. Igualmente as políticas de fomento do acesso às tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros e o uso das TIC pelos cidadãos não têm sido suficientes para diminuir as diferenças socioeconômicas entre as regiões urbanas e rurais e entre as diferentes classes sociais.

Assim, a inclusão social por meio da inclusão digital, ou seja, inclusão digital como objeto da redução das desigualdades sociais só se dá se as TIC forem apropriadas como instrumentos que propiciem aos usuários digitais uma melhoria real das suas vidas, transformando-os de indivíduos acrílicos em cidadãos conscientes, reflexivos e críticos das informações colhidas nas TIC. Só dessa forma, acreditamos que o acesso às TIC pode contribuir para mitigação das desigualdades sociais do Brasil, impactando, inclusive, a pobreza que tão amarga a nossa sociedade.

Os indicadores de inclusão digital, ao invés de darem ênfase apenas no acesso do indivíduo às TIC (o que interessa muito mais ao mercado), deveriam se preocupar também com a mensuração, por exemplo, da inclusão do usuário digital no mercado de trabalho por ter adquirido conhecimentos na cibersociedade. Além disso, deveriam se preocupar também com a mensuração da participação ativa das pessoas que tiveram acesso digital.

Desta forma, indicadores de inclusão digital tradicionais, tais como número de pessoas conectadas à internet e número de computadores conectados à internet, não abrangem a real amplitude e complexidade da inclusão digital.

REFERÊNCIAS

ANDREASSON, K. **Redefining the digital divide**. [s.l.] The Economist Intelligence Unit Limited, nov. 2013.

ASSUMPCÃO, R.; MORI, C. **Inclusão digital: discursos, práticas e um longo caminho a percorrer**. Disponível em: <http://www.inclusaodigital.gov.br/noticia/inclusao-digitaldiscursos-praticas-e-um-longo-caminho-a-percorrer>. 2006. Acesso em: 15 abr. 2020

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília, DF: UnB, 2000.

BRUNO, G. *et al.* A critical analysis of current indexes for digital divide measurement. **The information society**, v. 27, n. 1, p. 16–28, 2011.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CGI.BR, C. G. DA I. NO B. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no Brasil: TIC Domicílios e Empresas 2012**. São Paulo: [s.n.].

DUDZIAK, E. A. **Information literacy**: uma revolução silenciosa, diferentes recepções para a competência em informação. Anais do Congresso Brasileiro de Biblioteconomia e Ciência da Informação. **Anais...** In: FEBAB. Fortaleza, CE: 2002

FERNANDES DE ALENCAR, A. A infoinclusão e as estatísticas para a América Latina. In: **Contribuciones para la pedagogía**. [s.l.] CLACSO, 2008.

GASTALDI, J. P. **Elementos de Economia Política**. 19. ed. [s.l.] Saraiva, 2009.

HAYEK, F. A. VON. **O caminho da servidão**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1987.

IBGE. **Indicadores socioeconômicos e demográficos - período 2011 e 2012**. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_anual/2012/Sintese_Indicadores/comentarios2012.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020

IBGE. **PNAD Contínua**. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Comentarios/pnadc_2013_04_trimestre_comentarios.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020

JANNUZZI, P. DE M. Indicadores Sociais no Brasil. **Revista Brasileira de Administração Pública**, v. 36, n. 1, p. 51-72, 2002.

LEAL, R. DE C. S. **Usos e Apropriações dos “sem tela” na rede**: um estudo comparativo sobre as condições de acesso dos jovens à Internet no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica (PUC-RJ), 2010.

LEHER, R. Crise do capital e questão social. Estudos do Trabalho. **Revista da RET**, n. Ano III, número 6, 2010.

MATTOS, F. A. M. DE; CHAGAS, G. J. DO N. Desafios para inclusão digital no Brasil. **Perspectivas em Ciência da Informação**, v. 13, n. 1, p. 67-94, jan. 2008.

MEDEIROS NETO, B.; MIRANDA, A. Aferindo a inclusão informacional dos usuários de telecentros e laboratórios de informática de escolas públicas em programas de inclusão digital brasileiros. **Informação & Sociedade: Estudos**, v. 19, n. 3, p. 109-122, set./dez 2009.

NEVES, R. S. O Estado Regulador. **Revista de direito constitucional e internacional**, n. 11, 2003.

PINHEIRO, M. M. K. **Observatório da inclusão digital: descrição e avaliação dos indicadores adotados nos programas governamentais de infoinclusão** Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação. **Anais...** In: VIII ENANCIB. Salvador: 2007

RODRIGUES, A. V.; MACULAN, A. M. D. **Indicadores de inclusão digital**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2012.

SANDRONI, P. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Washington. Romão dos; RAFALSKI, Jadson. Oficina de inclusão digital para a construção social: estudo de caso no CEET Vasco Coutinho – Espírito Santo, **Revista Brasileira de Informática na Educação**, Vol. 22, N. 3, 2014.

SEN, A. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA FILHO, A. M. DA. Os três pilares da inclusão digital. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 3, n. n. 24, Maio 2003.

SILVEIRA, S. A. DA. **Exclusão digital: a miséria na era da informação**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

YAZBEK, M. C. Pobreza no Brasil contemporâneo e formas de seu enfrentamento. **Serviço Social**. 2012. n. 110, p. 288-322.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y ALGUNAS
REPERCUSIONES DEL DELITO DE PUBLICIDAD
ENGAÑOSA EN ESPAÑA

CÉSAR CHAVES PEDRÓN

VOLUME 11 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2020

ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y ALGUNAS REPERCUSIONES DEL DELITO DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN ESPAÑA

ANÁLISE DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO E ALGUMAS REPERCUSSÕES DO DELITO DE PUBLICIDADE ENGANOSA NA ESPANHA

Recibido: 23/06/2020
Aprobado: 07/07/2020

César Chaves Pedrón¹

RESUMEN:

En el presente artículo tiene por objeto el estudio del delito de publicidad engañosa construido sobre una base de determinar la necesidad o no de su regulación penal, no puede quedar sin análisis la repercusión que la publicidad tiene en los consumidores. Y si la tiene, como efectivamente se puede adelantar, debe considerarse, necesariamente, la influencia de una publicidad ilícita. Así pues, una vez estudiadas las técnicas publicitarias empleadas, particularmente aquellas que son capaces de conducir la conducta del consumidor, será el momento de determinar si el consumidor o consumidores - ambos términos se consideran indistintamente utilizables - se encuentra en una situación de desventaja frente a los empresarios y los expertos profesionales publicitarios. Si realmente se llega a poner de manifiesto tal situación, nos encontramos con el principio acomodaticio de la legitimidad del delito de publicidad engañosa. La técnica utilizada ha sido el método histórico-evolutivo y el método deductivo.

Palabras llaves: Publicidad engañosa. Técnicas publicitarias. Bien jurídico protegido.

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo o estudo do delito de publicidade enganosa construído sobre uma base em determinar a necessidade ou não de sua regulamentação penal, não podendo ficar sem uma análise quanto a repercussão que tem a publicidade entre os consumidores. E se tem, como efetivamente é possível adiantar, deve ser considerada, necessariamente, a influência empregada, particularmente naquelas que são capazes de conduzir a conduta do consumidor, será o momento de determinar si o consumidor ou consumidores - ambos termos são indistintamente utilizados - se encontra numa situação de desvantagem frente aos empresários e especialistas em publicidades. Se realmente chega a destacar a situação, nos encontramos com o princípio complacente da legitimidade do delito de publicidade enganosa. A técnica utilizada foi o método histórico-evolutivo e o método dedutivo.

Palavras-chave: Publicidade enganosa. Técnicas publicitárias. Bem jurídico protegido.

¹ Doctor en derecho. Abogado. Profesor Asociado de Derecho Penal (Universidad de Valencia). Email: cesar.chaves@uv.es

1 INTRODUCCIÓN

El delito de publicidad engañosa surge en España con la probación del Código Penal de 1995. Desde su aparición, no han faltado voces de la doctrina penal que consideran innecesaria la presencia de este delito, pues, con las diferentes fases del *iter criminis* del delito de estafa, el consumidor estará protegido ante estas conductas. Por tanto, la pretensión del presente trabajo no es solo poner de relieve aspectos fundamentales del delito, sino, también, determinar, a través de ello, la necesidad o no de su presencia en el Código Penal.

El análisis del delito pasa por el estudio de las diferentes técnicas publicitarias para conocer cómo influyen en el comportamiento de los consumidores. Posteriormente el análisis del bien jurídico protegido, fundamental para sostener el principio de ofensividad. Todo ello resulta necesario para considerar como necesaria o no la presencia del delito en el Código Penal.

2 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Parece que el Derecho Penal sea un instrumento utilizado por el Estado para frenar las nuevas formas de delincuencia o para frenar su ramificación, pero en todo caso para evitar los grandes perjuicios que se puedan causar².

Si el ámbito de la defraudación económica lo circunscribimos al ámbito de la publicidad, es decir, a los supuestos en los que se ha utilizado ésta para causar un perjuicio a los consumidores a través de la publicidad ilícita, más concretamente en la engañosa³, con el correlativo ánimo de enriquecimiento por parte de las empresas, debemos plantearnos si los mecanismos de defensa que ha creado el Estado son suficientes para la protección de los ciudadanos.

Los Estados han sido tendentes a ir protegiendo a los ciudadanos a través del Derecho Penal, pues, las sanciones administrativas posiblemente han resultado ser poco eficaces para combatir nuevas modalidades de fraudes económicos y los cada vez mayores perjuicios que generan. Una sociedad que desarrolla todo tipo de técnicas es capaz de generar unas consecuencias negativas, como son la creación de riesgos más o menos directos para los ciudadanos⁴. Esta nueva situación de riesgo social tiene como resultado la producción de consecuencias lesivas, algunas de ellas a largo plazo. Por tanto, parecen revelarse insuficientes, para proteger a la sociedad, los delitos de lesión debiendo recurrirse a los tipos de peligro⁵. A esto último hay que añadir la benevolencia con la que el legislador ha tratado, tradicionalmente, a aquellas personas que cometían delitos de carácter económico y que su represión venía siendo insuficiente⁶.

Además, tras la Constitución Española se debe conseguir una situación económica y social justa que sea reflejo de la voluntad popular y de un verdadero Estado de Derecho⁷. Y esto es así porque la libertad de mercado no es, en sí mismo, un valor absoluto, más bien se encuentra subordinada a la satisfacción de los intereses generales⁸.

2 Véase Tiedemann, K. *Poder económico y delito*, Barcelona 1985, p. 30.

3 Vid. Ripoll Navarro, R.: "Publicidad engañosa, tratamiento jurídico español y comunitario" en *La Ley*, nº 3 1991, p. 996.

4 Véase Silva Sánchez, J. M^a. : *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Barcelona 2006, 2ª ed. p. 16.

5 Vid. Silva Sánchez, J. M^a. *op. cit.* pp. 16 y 17.

6 Véase Fernández Albor, A. y Martínez-Buján Pérez, C.: *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela 1983, p. 37.

7 Véase, Ruiz Vadillo, E.: *Proyecto de ley orgánica de Código Penal*, Madrid 1980, p. 9.

8 Vid. Tamarit Sumalla, J. M^a.: "La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales" en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 41, 1990, p. 322. El citado autor, manifiesta que los artículos 38 y 128 de la Constitución Española son los que limitan la libertad de mercado a satisfacer los intereses generales.

Todo lo expuesto lleva a la necesaria concreción del bien jurídico para poder avanzar en el estudio del delito de publicidad engañosa. Para ello, primero se hará una referencia a las técnicas publicitarias que puedan influir en la conducta del consumidor para después venir a determinar con precisión cuál es el bien jurídico tutelado.

2.1 Técnicas Publicitarias y Situación de Riesgo Para el Consumidor

El desarrollo del capitalismo transforma el modo de trabajo y de venta. En una época precapitalista la relación entre el productor y el consumidor es prácticamente personal, mientras que en el gran progreso capitalista se basa en una ausencia de relación personal y una oferta multitudinaria e indiferenciada de los productos por parte del fabricante. Este nuevo modo de trabajo y de mercado trae como consecuencia inevitable la utilización del recurso de la publicidad⁹. Se llega, por ello, a un nuevo modelo económico sustentando en las tecnologías de la información¹⁰. La idea con la que se parte en la publicidad es positiva, pues, se trata de facilitar información a los consumidores sobre los productos y servicios¹¹, que la misma sea un medio transversal que estructura a la sociedad desde una perspectiva comunicativa y directa en la vida cotidiana¹².

Las sociedades capitalistas utilizan, por tanto, la publicidad como el medio necesario para dar a conocer a los ciudadanos los productos y servicios de consumo que ofrecen. Tal actividad requiere que los mensajes publicitarios tengan un gran calado en el consumidor a la hora de aumentar sus ventas. Precisamente, por la necesidad apuntada, cada vez se cuenta con una mayor especialización en el ámbito publicitario. Tanto es así, que se produce una progresiva inversión en métodos publicitarios¹³.

Esta situación genera una importante posición de supremacía de las empresas respecto de los consumidores. Si lo consideramos desde una perspectiva aséptica y objetiva, estamos midiendo unas fuerzas claramente desiguales; por un lado, las empresas con todo su potencial económico y la ayuda de los expertos publicitarios, y por otro, los consumidores como receptores de toda la oferta de productos y servicios que los mensajes les transmiten.

La publicidad comercial se ha convertido en el instrumento más necesario en una economía de libre mercado¹⁴. La cada vez mayor influencia de los medios de comunicación, llamados *mass media*, con el poder e influencia que tienen sobre la sociedad por la capacidad de poder llegar a una gran parte de la sociedad¹⁵, son los utilizados en el esquema de la intervención publicitaria para conseguir el alcance absoluto, es decir, que su mensaje publicitario sea conocido por todos. Por tanto, la publicidad es algo consustancial al sistema socioeconómico de la economía de mercado¹⁶.

9 En este sentido véase Feliu García, E. *Los lenguajes de la publicidad*, Alicante 1984, p. 35; en el mismo sentido, Martínez-Buján Pérez, C.: "Sección segunda del capítulo primero del título XII de la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal de 1983: "De los delitos publicitarios" (arts. 279 y 280)" en *Documentación Jurídica* nº 37-40 Volumen 2 enero-diciembre 1983, p. 752.

10 Vid. Lafuente Pérez, P.: "Lo social como germen de lo publicitario" en *Publicidad* 360º, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 86.

11 Así lo entiende, Royo Vela, M.: "Diferentes aproximaciones conceptuales a la consideración de la publicidad como información de consumo" en *Quaderns de Treball* nº 73 1998, p. 6.

12 Véase, más ampliamente, Benavides Delgado, J.: "La investigación en comunicación y publicidad: nuevos temas y problemas" en *Revista internacional de comunicación y publicidad*, Vol. I, nº 17, 2012, p. 83.

13 Véase, Santaella López, M.: *El delito publicitario. Aspectos penales de la comunicación publicitaria*, Madrid 1981, p. 23.

14 Vid. Tallón García, J.: *Curso de Derecho Publicitario*, Valladolid 1979, p. 17. El citado autor llega a definir esta situación como la que se halla presente a cada momento y en cualquier situación y nos invade con un ímpetu irresistible.

15 Vid. Cuerda Riezu, A.: "Los medios de comunicación y el Derecho penal" en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Volumen I, coordinador; Nieto Martín, A., Cuenca 2001, pp. 196 y 197.

16 Véase, más ampliamente, Sierra López, M^a V.: *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en internet*, Valencia 2003, p. 62. En el mismo sentido apuntaba los avances producidos en la comunicación de masas y la inserción de las campañas publicitarias, Vázquez Cueto, J. C.: "La publicidad correctora: un modelo americano adoptado por la Ley General de Publicidad" en *La Ley* 1992-2, p. 926.

Estas posibilidades de distribución general y, en algunos casos, masiva, requiere que la publicidad tenga una vertiente eminentemente convincente. La premisa apuntada tiene una consecuencia inevitable, la publicidad ha dejado de ser accesoria para convertirse en un elemento principal con gran influencia en el sistema económico y social. Tanto es así, que en un determinado momento el producto era su propia publicidad, en cambio hoy se ha convertido en su propio producto y se confunde consigo misma¹⁷. Pasando, además, de un modelo puramente mecánico y direccional a uno sistémico de enorme complejidad que atiende a la interactividad y la interdependencia de los nuevos referentes de la comunicación: un modelo que persigue representar todo ese conjunto de interrelaciones que existen en los, ahora, más complejos procesos de interacción cultural que derivan de la práctica mediática y publicitaria. Se hace de la comunicación y los medios un escenario complejo de ámbitos culturales que vienen a sustituir los modos tradicionales de comprender el mundo. En este nuevo panorama intervienen directamente los individuos, las instituciones públicas y las empresas.

Una perspectiva tan incisiva y relevante como actualmente tiene la publicidad necesita unas técnicas adecuadas que la consoliden. Esta nueva configuración de la técnica publicitaria ya no transmite el mensaje que implique el simple binomio producción-venta, apoyado en una idea de propaganda¹⁸; ahora se trata de imponer una ideología donde el individuo pierda la conciencia de la realidad de sus necesidades, para adaptarse a una nueva filosofía de consumo que reduzca o anule su capacidad crítica¹⁹. Si bien hay quien opina que la publicidad no crea valores sino que los transmite, pues, pretende sugestionar para motivar la conducta sin que el consumidor se dé cuenta²⁰. Sin embargo, sí parece que la propia publicidad contribuya a crear valores - más que transmitirlos - porque la tendencia es incidir en la capacidad motivacional del ciudadano-consumidor para que realice múltiples actos de consumo, que en la mayoría de los casos podríamos considerar innecesarios, cambiando las actitudes implícitas y explícitas por los mensajes persuasivos²¹. Por tanto, la publicidad ya no consiste en informar al público sobre las características y el precio del producto, sino que tiene una finalidad ulterior como es persuadir a los consumidores para que compren los productos anunciados²².

Según lo expuesto se podría afirmar que la vida económica del individuo puede establecerse sobre tres momentos: primero las necesidades, porque crean deseos y pasiones; segundo los esfuerzos, necesarios para alcanzar el objeto del deseo o satisfacer la pasión; tercero la satisfacción, lograda con la realización de haber obtenido lo pretendido anteriormente. La publicidad solo actúa sobre los dos primeros: crea o excita las necesidades, los deseos, las pasiones (que una vez nacidos resultan, en general, progresivos) y minimiza los esfuerzos del individuo para satisfacerlas²³.

La publicidad ha pasado de ser una exclusiva herramienta comercial de las empresas a ser una forma de racionalidad utilizada en la sociedad como argumento legitimador de comportamientos y estilos de vida. Por tanto, ya no se concibe a la publicidad como la simple actividad de hacer anuncios, sino como una verdadera “industria cultural” que utiliza sus herramientas y recursos para generar discursos sociales que afectan a la vida de las personas y, por ende, al consumo que éstas efectúan²⁴.

17 Baudrillard, Jean: “Publicidad absoluta, publicidad cero” en *Revista de Occidente*, Nº 92, 1989, pp. 8 y 9.

18 Idea relativa a la propagación de ideas con una organización y plan de acción y, con frecuencia, con la puesta en práctica de procedimientos directos. Usada en el ámbito mercantil pero de una forma menos usual que en otros ámbitos como religión, política, filosofía, etc. Así, Haas, C. R. *Teoría, técnica y práctica de la publicidad*. Madrid 1971, p. 14.

19 Véase, Pignotti, L. *La supernada. Ideología y lenguaje de la publicidad*, Valencia 1976, p. 30.

20 Véase, más ampliamente, Biedma Jaén, J. “Valores de la publicidad y publicidad de los valores” en *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, Nº 9, 1997, p. 62.

21 Vid. De Diego Vallejo, R.: “Modelos psicológicos sobre comunicación persuasiva” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 66.

22 Vid. Fernández Novoa, C.: *Estudios de derecho de la publicidad*, Santiago de Compostela 1989, p. 58.

23 Vid. Haas, C. R. *op. cit.* p. 79.

24 Vid. Benavides Delgado, J. *op. cit.* p. 82.

Según la nueva dinámica publicitaria, el consumismo se transmite con una visión basada en una idea de vida, en la mayoría de los casos, absolutamente irreal. Los productos de consumo deben ofrecer al consumidor la posibilidad de materializar sus expectativas frustradas, encontrándose identificado socialmente, pero a la vez diferenciado del resto, con el consumo de un determinado producto. Tanto es así, que la moderna expansión de la publicidad comenzó con la contratación, por parte de las agencias publicitarias, de psicólogos y sociólogos con la finalidad de obtener mayor calado a través de la explotación emocional. Los métodos utilizados eran los de investigación *sicográfica*²⁵, llegando a crear en los Estados Unidos de los años ochenta el enfoque *sicográfico* denominado VALS²⁶, estableciendo categorías de ciudadanos integrados o no según actualizaban su consumo a la nueva idea de vida que se les transmitía a través de la publicidad²⁷.

La tendencia publicitaria apuntada se alimenta de la posibilidad actual y de la futura. En otras palabras, no solo se trata de obtener unas importantes ventas de productos en el momento en que es creada, sino que persigue una finalidad de consumo sin solución de continuidad. Se crea una tendencia empresarial a una productividad virtualmente ilimitada por la estructura técnica creada, y la necesidad de dar salida a los productos. La mejor forma de conseguirlo es manipulando al consumidor para adaptar su comportamiento a las necesidades del mercado y generar la falsa necesidad de un producto²⁸. Ésta es una de las principales críticas que se hace a ese uso de la publicidad, esto es, hacer comportarse a las personas sin control consciente sobre sus comportamientos²⁹. Por ello, el hecho de crear estereotipos e incidir en la explotación emocional llegará a crear unos consumidores que quieren ser partícipes de la vida publicitaria, necesitando que su voz sea oída, así como sus quejas y descontentos³⁰.

La respuesta a este desafío supondrá que se sigue penetrando de forma directa en el consumidor asegurando, por tanto, que las ventas continúen³¹. Pese a todas las posibles reacciones del mismo frente a la publicidad, ésta seguirá utilizando la forma más adecuada para interferir en el momento motivacional y asegurarse el consumo innecesario que propicia la riqueza emergente de las empresas. La evolucionada técnica publicitaria seguirá gravitando sobre la creación de la imagen social y de la integración en esta sociedad según los actos de consumo que se realicen.

Tal influencia en la capacidad de decisión de los consumidores requiere que la especialización publicitaria se nutra de aspectos psicológicos y sociológicos, además de los tradicionales análisis económicos del mercado, como se ha apuntado anteriormente. Esta situación puede coartar la facultad selectiva de los ciudadanos, entendido como ente social destinatario de la publicidad, acentuando la aludida desventaja social que precisa de una intervención efectiva por parte del Estado.

Si ha hecho un análisis con cierta perspectiva la situación apuntada, es posible adentrar en una materia absolutamente especializada, tal y como se ha venido exponiendo, en el que la publicidad utiliza técnicas y profesionales que ayudarán a crear artificialmente las necesidades de los consumidores. Además de las intervenciones de los sociólogos y psicólogos

25 Se trata del sistema publicitario utilizado a principio de los años ochenta en Estados Unidos, en el que se analiza la población dividiéndola en segmentos; una vez se han obtenido los segmentos de población se establecen los perfiles de cada uno de los referidos segmentos y la campaña publicitaria se canaliza en la explotación emocional del consumidor de cada segmento poblacional que se hubiere establecido. Así se describe por Meyers, W.: *Los creadores de imagen*, Barcelona 1994 – traducción realizada por Joaquín Adsuar Ortega -, pp. 22 y ss.

26 *Values and Life-Styles*, es decir, Valores y Estilos de Vida.

27 Véase Meyers, W. *op. cit.* Barcelona 1994, p. 25.

28 Razonamiento hecho por Lafuente Pérez, P.: *op. cit.* p. 91.

29 Vid. Royo Vela, M.: "Las críticas a la publicidad" en *ESIC MARKET* nº 97 julio-septiembre 1997, Madrid, p. 96.

30 Vid. Benavides Delgado, J. "La investigación en comunicación y publicidad: nuevos temas y problemas" *op. cit.* p. 82.

31 Véase Meyers, W. *op. cit.* pp. 248 y ss. Así pronosticó el citado autor que sería la publicidad desde mediados de los noventa y hacia el año 2000.

ya mencionados con anterioridad, una técnica que controla el mercado es el marketing³². Dicha técnica se implantó a mediados del siglo XX, trasladada a Europa desde Estados Unidos. La consecuencia directa del marketing supone una mayor creatividad de los mensajes publicitarios que construye una forma de decir las cosas; una forma breve, concisa, ocurrente y, sobre todo, cargada de información apoyada en la imagen. El éxito de este modelo supone que la publicidad se convierte en una herramienta no solo para ganar dinero y hacer ganar dinero a las empresas, sino, además, para consolidar modelos de convivencia social³³. Esta nueva técnica utiliza medios más expansivos como televisión, cine, etc, y si a ello unimos una situación progresiva de nuevas tecnologías, su propagación es mucho mayor. A este respecto cabe señalar el alcance internacional de los mensajes, con referencia en diferentes idiomas³⁴. Sobre todo ayudado por las redes sociales, en las que internet ha supuesto el despegue hacia una comunicación global y, ahora más que nunca, masiva, utilizándola como una herramienta fundamental en nuestro tiempo³⁵. Esta nueva situación de un mundo globalizado en el que todos hablan con todos, gracias a las nuevas tecnologías, los mensajes publicitarios pueden llegar a todos los rincones del mundo y hacer partícipe a cualquier persona³⁶. Así, con la utilización de distintos soportes técnicos, es más fácil llamar la atención del consumidor y despertar su interés³⁷. Por tanto, la evolución en las diferentes técnicas obliga a los fabricantes y comerciantes a utilizarlas todas para esa creación de necesidad en los consumidores.

Pero la técnica publicitaria capaz de generar deseos y necesidades en los consumidores va más allá con la reciente tendencia que es el llamado *neuromarketing*. Se trata de aplicar la neurociencia al ámbito publicitario, es decir, el estudio de la localización anatómica de los procesos cerebrales³⁸. La definición de la citada técnica ha sido aceptada como aquella disciplina avanzada que investiga y estudia los procesos cerebrales que explican la conducta y la toma de decisiones de las personas en los campos de acción del marketing tradicional: inteligencia de mercado, diseño de productos y servicios, comunicaciones, precios, branding, posicionamiento, targeting, canales y ventas³⁹. Si esta técnica no está más implantada en publicidad es por los elevados costes que representa por la necesaria participación de personas altamente cualificadas⁴⁰. Tanto es así, que, a modo de resumen, se indicarán unas técnicas utilizadas: *Eye-tracker*, se trata de un dispositivo a través del cual se lleva a cabo la observación del comportamiento ocular ante una determinada configuración estimular. Con ello se conseguiría determinar qué puntos exactos han sido visualmente atendidos y percibidos; Electroencefalograma: se mide la actividad eléctrica del tejido neuronal, especialmente el de la corteza cerebral. Con esta técnica se puede detectar la activación que se produce en el neurocortex ante un determinado estímulo; Electrocardiograma: sirve para registrar la actividad eléctrica del corazón. Con ello se puede observar el ritmo cardíaco ante una situación perceptiva a la que se exponga al sujeto; Electromiograma: se registra la activación nerviosa

32 El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo remite a la palabra “mercadotecnia” para definirla como “El conjunto de principios y prácticas que buscan el aumento del comercio, especialmente de la demanda, y estudio de los procedimientos y recursos tendientes a este fin”. Sobre la utilización del marketing en las sociedades industriales, véase Santaella López, M.: “Los derechos de información y expresión de los consumidores y usuarios” en *Documentación Jurídica*, Nº 18 abril-junio 1978, p. 413.

33 Vid. Benavides Delgado, J.: “La nueva andadura de la publicidad” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, p. 14.

34 Vid. Álvarez Nobell, A.: “El Nuevo panorama de los medios tradicionales: ¿qué hacer con la publicidad?” *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 133.

35 Véase, más ampliamente, Romero Calmache, M.: “Nuevos medios digitales y sus posibilidades publicitarias” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 150.

36 Vid. Jiménez, M. C.: “Investigar la publicidad desde sus contenidos” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 96.

37 Más ampliamente, Gómez Nieto, M^a B.: “Nuevas tendencias en comunicación publicitaria” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 164.

38 Vid. Muñoz Velázquez, J. A.: “La revolución neurocientífica en publicidad y marketing” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 193.

39 Véase, más ampliamente, Braidot, N. P.: *Neuromarketing*, Barcelona 2000, p. 6.

40 Vid. Muñoz Velázquez, J. A.: *op. cit.* p. 190.

que está detrás del control de la musculatura. Esta técnica permite observar una contracción muscular ante una situación estimular y establecer el correlato emocional que dicha situación puede estar provocando, por ejemplo, músculos faciales; Respuesta galvánica de la piel: mide el potencial eléctrico de la piel a través de una serie de electrodos colocados en las manos. Recoge el cambio de conductividad de la piel, lo cual es una señal inequívoca de un cambio de nivel de activación psicofisiológica ante un estímulo determinado; Imagen por resonancia magnética funcional: registra con mayor precisión la actividad en zonas profundas del encéfalo. A través de esta técnica es posible medir milimétricamente todo tipo de cambios de la actividad cerebral asociados a todo tipo de estimulaciones, tanto internas al sujeto como contextuales.

Con todas las técnicas expuestas se puede decir que todos los procesos psicológicos básicos implicados en la comunicación publicitaria son observables bajo el estudio neurocientífico, empezando por la atención que es capaz de conseguir todo tipo de elementos del mensaje publicitario para ser primeramente percibido⁴¹. Los cerebros están siempre receptivos a un nuevo estímulo⁴².

La satisfacción personal del consumidor, a la hora de adquirir, es lo que ha finalizado todo un proceso que quiere incidir en el momento motivacional de la persona, a través de la publicidad que le ha hecho percibir el producto o servicio por los sentidos y que ha conseguido generar una idea en su mente que le hará persistir en la intención de adquisición del producto.

Esta tendencia publicitaria que se acaba de presentar no se queda en el mero propósito de una compra aislada e inmediata, pues, las empresas, como parte de una sociedad de mercado y consumista, necesitan la constante generación de expectativas de adquisición para continuar con su más que lucrativa actividad⁴³.

Tras la expuesto, se puede apreciar la situación de desventaja del consumidor ante unas técnicas publicitarias que, de alguna manera, dirigen su comportamiento. Si, además, la publicidad fuera fraudulenta, la situación de riesgo para el consumidor es muy importante.

2.2 Determinación del Bien Jurídico Protegido

La determinación del bien jurídico se construye a través de la protección constitucional del bien en cuestión. La protección penal de los bienes jurídicos debe ser reservada a los ataques más graves, dejando para el orden civil y administrativo aquellos que lo son menos⁴⁴. Tanto es así, que la intervención penal dependerá de la jerarquía constitucional, es decir, que sin un bien protegido de rango constitucional no podrá haber intervención penal⁴⁵. Además, no se debe olvidar la relación de lo dicho con la función limitadora del bien jurídico, es decir, determinar los límites que el legislador debe respetar para crear nuevos delitos⁴⁶.

El primer peldaño en orden a alcanzar una solución penal para proteger a los consumidores, ya fue superado, pues, ha quedado resuelto que la CE los protege en distintos ámbitos. Tras la protección constitucional, nos hemos encontrado con un elenco de normativa

41 Véase, más ampliamente, Muñiz Velázquez, J. A.: *op. cit.* pp. 198 y 199.

42 Ratey, J. J.: *El cerebro: manual de instrucciones*, Barcelona 2003, p. 143.

43 Pensemos, para aclarar esta idea, en los avances tecnológicos a nivel informático o de propio entretenimiento. Cuando se adquiere el novedoso ordenador con los nuevos desarrollos técnicos genera la necesidad de adquisición en los consumidores para la realización de su trabajo e incluso comunicación; en poco tiempo se genera un nuevo progreso técnico que nos hace pensar en lo necesario que es para nuestro trabajo, cuando en realidad no lo necesitamos, aunque sí es cierto que puede mejorar prestaciones; pero realmente no es una solución que de verdad sea imprescindible. Aun así, nos han influenciado tanto que se ha generado en nuestra mente la idea de necesidad y de progreso social con la nueva adquisición.

44 Así, Antolisei, F.: *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano 1997, 14ª ed. aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti, pp. 181 y ss.

45 En este sentido, Pulitanò, D.: "Obblighi costituzionali di tutela penale?" en *RIDePP*, XXVI, anno 1983, p. 497.

46 Así, Cuello Contreras, J.: "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal" en *ADP*, Tomo 34, mayo-diciembre 1981, p. 463.

creada por el legislador para proteger a los mismos, especialmente en la publicidad - tema que nos ocupa -.

La protección en el ámbito civil y administrativo no parece que haya sido suficiente, por la creación de nuevas técnicas publicitarias que evidencian una mayor potencialidad de daño a los consumidores y una mayor dificultad de defensa de los ciudadanos a través de esas ramas del Derecho. Esta situación legitima la intervención del Derecho Penal, más aun cuando el tipo describe la posibilidad de un peligro grave y manifiesto, siendo, por ello, un ataque grave al bien jurídico protegido y, por ende, una ofensa que legitima la pena⁴⁷.

El principio de intervención mínima del Derecho Penal ha sido el argumento utilizado, por una parte de la doctrina penal, para cuestionar la consideración de los bienes colectivos como bienes jurídicos dignos de protección penal⁴⁸, considerando algunos autores que responden a un Derecho Penal simbólico⁴⁹. Aunque, finalmente, no es impedimento para la consideración de éste en la lucha contra comportamientos que lesionan los derechos de los consumidores, que por otro lado su titularidad pertenece a un grupo amplísimo⁵⁰, quedando insuficiente - como ya hemos apuntado - la protección en otros ámbitos del Derecho⁵¹.

Una vez establecida la conveniencia de la protección penal de la publicidad engañosa, la consideración del bien jurídico que se protege en el artículo 282 del Código Penal es, a primera vista, el derecho de información de los consumidores, pero por supuesto a una información veraz sobre los productos y servicios que son objeto de mercado⁵². No es ocioso considerar que el bien tutelado como ese derecho que tienen los consumidores a la información veraz es el reflejo constitucional de esos mismos derechos, que específicamente hablan de recibirla así. Si partimos de esta consideración debemos atender a tal manifestación de protección con ciertas reservas. La información veraz sobre los productos o servicios que se ofrecen a los consumidores puede tener incidencia en la capacidad de decisión de los mismos a la hora de formar su voluntad destinada a la adquisición del objeto ofrecido⁵³.

No obstante, es evidente que a través de la redacción del tipo penal habrá una consideración ulterior. La transcripción del artículo 282 del Código Penal incluye la expresión "...de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores..." esta referencia y, por otro lado, exigencia, determina que de la información inveraz se pueda derivar algún tipo de perjuicio a los consumidores⁵⁴. Esta afirmación interpretada *a sensu contrario* indica que una información inveraz que no pueda causar un perjuicio grave y manifiesto a los

47 Antolisei, F. op. cit. pp. 177 y 178.

48 Vid. Portilla Contreras, G.: "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos" en *Cuadernos de Política Criminal* nº 39 1989, p. 735. Aunque el citado autor después de una elaborada argumentación considera que los delitos de peligro, como consecuencia de la protección a bienes colectivos, siempre que protejan bienes tradicionales responderán a los principios penales clásicos, pp. 746 y ss.

49 Vid. Serrano Butragueño, I.: "El recurso a la última ratio como protección necesaria de los consumidores" en *La protección penal de los consumidores*, Madrid 2008, p. 23. El mismo autor, finalmente, justifica la intervención del derecho Penal, p. 26.

50 En este caso, la titularidad colectiva es necesaria para el desarrollo del individuo, pues en realidad son bienes de titularidad individual que su lesión o puesta en peligro afecta a un conjunto de individuos, a tenor de lo expuesto por Carbonell Mateu, J.C.: "Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos" en *Cuadernos de Derecho judicial* nº XXXVI 1994, p. 17. Como ya se había reseñado en el apartado II del presente capítulo.

51 Más ampliamente, Manzanares Samaniego, J. L.: "La tipificación del delito publicitario en el derecho español" en *Poder Judicial*, nº especial IX, 1988, p. 270.

52 Carbonell Mateu, J.C.: "El delito publicitario" en *Derecho Penal. Parte especial*, VV. AA., Valencia 1999 3ª ed., p. 524. En el mismo sentido, Martínez-Buján Pérez, C.: "Comentario al artículo 282" en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia 1996, p. 1370, del mismo autor "Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa" en *Cuadernos de Política Criminal* nº 22, 1984, p. 69, también "Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el Proyecto de Código Penal de 1992" en *Estudios penales y criminológicos*, nº 16, 1992-1993, p. 340; *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed. Valencia 2013, p. 282; Manzanares Samaniego, J.L.: op. cit. p. 271, aunque reconoce el citado autor que se trata de una infracción socioeconómica, pero de la que no se deben excluir otros derechos como vida, salud e integridad física. González Rus, J. J.: "Delitos relativos al mercado y a los consumidores" en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, VV. AA. Directora: Asúa Barrita, A., Bilbao 1998, p. 148. Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Sagasse, S.: *Derecho Penal económico*, Madrid 2001, p. 544.

53 En este sentido se ha manifestado Carbonell Mateu, J.C.: "El delito publicitario" op. cit. p. 524.

54 Vid. Gómez Rivero, Mª C.: "Hacia una nueva interpretación del delito publicitario" en *La Ley*, nº 4 1997, p. 1.232.

consumidores no encajará en el tipo penal, y por tanto no es objeto de tutela en el presente delito.

Una referencia a la potencialidad del perjuicio a causar a los consumidores, no es otra cosa que la expresión de un delito de peligro, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente. La regulación adoptada por el legislador en el tipo del art. 282 del C.P. es la de peligro abstracto, donde hay una situación peligrosa determinada por el legislador⁵⁵. Esta consideración de los delitos mencionados no ha estado exenta de críticas por entenderse que los tipos penales solo deben contemplar el peligro concreto. Esta crítica ha sido rechazada por entenderse que los delitos de peligro abstracto suponen un adelantamiento en la barrera de protección de los bienes jurídicos en situaciones de potencialidad de lesión a los mismos, por ello sí deben tener cabida en el ordenamiento jurídico-penal⁵⁶. Ahora bien, en un tipo penal como es el objeto del estudio, se requiere que la conducta típica pueda causar un peligro grave y manifiesto, constituyendo un tipo, dentro de los delitos de peligro abstracto, de los llamados de peligro hipotético. Es decir, aquel tipo penal que no requiere la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo del delito⁵⁷. El delito de publicidad engañosa, al requerir que la acción pueda perjudicar de manera grave y manifiesta a los consumidores, se configura como un delito de peligro hipotético, pues, depende que se verifique la probabilidad del mismo⁵⁸.

Casi sin pretenderlo hemos llegado a otro argumento que desarma la consideración única del bien jurídico, en el delito de publicidad engañosa, como el derecho a una información veraz. Si contemplamos como bien jurídico protegido del delito la consideración expuesta, nos encontraríamos con la lesión del bien jurídico con la sola información inveraz. Debemos recordar que el delito expresa la potencialidad de un peligro, algo que no parece casar bien con el argumento de la información veraz como único objeto de protección⁵⁹.

Sin embargo, y tomando como base las afirmaciones expuestas, la consideración del bien jurídico debe tener unas perspectivas más amplias de las apuntadas hasta ahora⁶⁰. Cuando la información desvirtuada y, por ende, inveraz es componente concluyente en la fórmula de decisión del consumidor en la adquisición de bienes o servicios propios del mercado, la trascendencia de ésta va más allá de la correcta y libre formación de la voluntad del consumidor como se ha apuntado por parte de la doctrina penal⁶¹.

Una apreciación más amplia del bien jurídico protegido implica considerar que a través de una publicidad veraz se forma correctamente la libre decisión del consumidor en la posible adquisición de bienes y servicios y, por ello, se protegen los intereses de los mismos⁶², por otro lado intereses colectivos y no individuales como ya hemos puesto de manifiesto⁶³. Otro

55 Vid. Cobo del Rosal, M. – Vives Antón, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. Valencia 1999, puesta al día por Cuerda Arnau, Mª L. y Quintanar Díez, M., p. 327; Barbero Santos, M.: “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto” en *Anuario de Derecho Penal*, XXVI 1973, p. 489; Octavio de Toledo y Ubieto, E.: “Notas para el estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1979 nº 57, p. 83; Rodríguez Montañés, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid 1994, p. 14. Existe una denominación distinta, como delitos de peligro hipotético por Torío López, A.: “Los delitos del peligro hipotético” en *Anuario de Derecho Penal*, XXXVI 1981, p. 825. Así ha considerado, el delito, Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal Económico. Parte Especial op. cit.* p. 293.

56 Vid. Barbero Santos, M.: *op. cit.* p. 489; García Rivas, N.: *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona 1998, p. 32; Martínez-Buján Pérez, C.: “Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el.....” *op. cit.* pp. 340 y 341.

57 Así lo expresa, Torío López, A.: *op. cit.* p. 828.

58 Véase, más ampliamente, Martínez-Buján Pérez, C.: “El delito de publicidad engañosa en el anteproyecto de Código Penal de español 1992” en *Hacia un Derecho Penal Económico. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, p. 233.

59 Vid. Carrasco Andrino, Mª M.: *La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)*, Valencia 2000, p. 88.

60 Vid. Hernández Plasencia, J. U.: “El delito publicitario” en *AP*, 1997-2 p. 1.108.

61 Carbonell Mateu, J.C.: “El delito publicitario” *op. cit.* p. 524.

62 Así se han pronunciado Barona Vilar, S.: *Tutela civil y penal de la publicidad*, Valencia 1999, p. 644; Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed. Valencia 2015, p. 458; Tamarit Sumalla, J.Mª.: *op. cit.* p. 333; Gómez Rivero, Mª.C.: *op. cit.* p. 440; De Vega Ruiz, J.A.: “Protección penal del consumidor” en *Poder Judicial*, nº especial IX, 28 a 30 de noviembre de 1988, p. 281; De Jesús Sánchez, Mª.G.: “La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización” en *Poder Judicial*, nº especial IX, 1988, p. 315.

63 Aclarando que los bienes son de carácter individual (patrimonio, vida, salud, etc.) pero de pertenencia y formación colectiva. En

argumento en favor de lo expuesto es que la información veraz es un derecho constitucional (art. 51.2 CE) que actúa como instrumento en la protección de otros derechos (art. 51.1 CE), como ya ha quedado dicho. Se ha apuntado por parte de la doctrina penal que en el artículo 282 del Código Penal se protegen los intereses de los consumidores y de forma indirecta el de los competidores, por considerar que la publicidad engañosa también encaja como publicidad desleal⁶⁴.

En este caso debemos mostrar una firme oposición a la consideración de la protección del interés de los competidores junto con el de los consumidores, pues aunque partamos del beneficio para éstos de la calificación penal de la publicidad engañosa, ésta es una consecuencia indirecta⁶⁵ pero no buscada por el legislador como propósito de protección. Una consecuencia indirecta de la protección penal de los intereses de los consumidores no puede constituir el objeto de tutela, sobre todo si encontramos otras normas de protección a esa competencia desleal, sobre todo si existen otras normas que protegen la competencia desleal⁶⁶. Pensemos en casos en los que se produce una lesión a la competencia leal que sea a través de la publicidad pero, a su vez, ésta no sea engañosa. Los supuestos en los que un fabricante o comerciante a través de la publicidad no engañosa compara su producto con el de un competidor exaltando los defectos de éste último⁶⁷. En este caso estamos delante de una infracción de la competencia leal que no encajaría en el artículo 282 del Código Penal por no ser publicidad engañosa. Si se protegiera el interés de los competidores no podríamos dejar fuera estos supuestos que, sin embargo, quedan orillados del tipo, y esta conclusión supondría que a veces se protegen los intereses de los competidores y a veces no, algo ilógico en la protección penal de un interés.

Una vez acotado el objeto de tutela penal a los intereses de los consumidores, debemos adentrarnos en el espinoso camino que determine, de forma concreta, qué intereses de los mismos se van a proteger; puesto que una consideración general de los intereses de los consumidores como objeto de protección parece una determinación algo vaga para la necesidad de configuración de un bien jurídico.

Como hemos venido diciendo, el derecho a recibir una información veraz para que los consumidores formen libremente su voluntad como elemento puramente adquisitivo en las relaciones de mercado debe tener una mayor trascendencia. Si a través de la publicidad engañosa se vicia la voluntad de los consumidores en orden a adquirir los bienes y servicios que se le ofrecen en el mercado, necesariamente habrá algún riesgo que afecte de manera directa a algún interés. Este riesgo o peligro para algún interés de los consumidores sí responde bien a la exigencia del tipo de injusto sobre la potencialidad de un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, y partiendo de esta premisa el trabajo más arduo será la determinación del tipo de interés que se tutela.

La doctrina penal se encuentra dividida en este aspecto trascendental del bien jurídico protegido. En primer lugar, un sector doctrinal se inclina por la consideración del interés de los consumidores como puramente económico. Se ha destacado que de la redacción del artículo 282 se desprende un bien jurídico de contenido económico donde los consumidores son una parte de las relaciones comerciales en un modelo socioeconómico de libre mercado⁶⁸.

este sentido, Mata y Martín, R.M.: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada 1997, p. 8

64 Así, González Rus, J.J.: "Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal de 1992", en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, p. 180. El citado autor se inclina, más recientemente, por la protección de los intereses económicos de los consumidores, "Publicidad engañosa" en *Sistema de Derecho Penal español. Parte especial*, VV. AA. coordinador: Morillas Cuevas, L., Madrid 2011, pp. 600 y 601.

65 Barona Vilar, S.: *op. cit.* p. 643. También, Carrasco Andrino, Mª M.: *op. cit.* p. 87.

66 Vid. Chaves Pedrón, C.: "El delito de publicidad engañosa en España: algunas consideraciones político criminales y relativas al bien jurídico protegido" en *Cuadernos de Derecho Penal*, nº 15, enero-junio 2016, Bogotá (Colombia), p. 71.

67 Véase la STS de 24 de febrero de 1997 (RJ 1195/1997), donde se cuestiona la competencia desleal (aunque finalmente no se condenó por ello) y en ningún caso la afectación a los consumidores.

68 Mapelli Caffarena, B.: *El delito de publicidad fraudulenta*, Valencia 1999, p. 49. En el mismo sentido, Hernández Plasencia, J.U.: *op. cit.* p. 1109, el referido autor considera, también, que la protección económica de los consumidores se instrumentará a través de

Se ha llegado a concretar más este aspecto, al considerarse que los delitos socioeconómicos contra los consumidores se dirigen a preservar auténticos intereses difusos de éstos donde se vulnera el interés del grupo colectivo en el orden del mercado, configurándose como un bien jurídico “espiritualizado” o “instrumentalizado” de índole colectiva con referencia a bienes individualizables⁶⁹.

Matizando más esta última referencia, se ha añadido que se trata de proteger, mediante este bien de carácter colectivo, bienes individuales, singularmente el patrimonio, tratando de garantizar el disfrute de esos bienes de pertenencia individual a los consumidores⁷⁰.

También cabe destacar la consideración de un bien jurídico de carácter económico por la ubicación sistemática⁷¹, ya que la misma es reveladora del objeto de protección. Si el delito se ubica dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y particularmente en los delitos relativos al mercado y a los consumidores, parece una declaración de voluntad del texto punitivo sobre el bien digno de tutela penal. No obstante, no debemos olvidar que la ubicación sistemática define la intención pero no determina la exclusividad de la protección.

Sin olvidar, llegados a este punto, la diferenciación entre patrimonio y orden socioeconómico. Sin ánimo de entrar en una profundidad expositiva, por ser algo consolidado en la doctrina penal española, sí conviene hacer una breve referencia. Se ha sostenido que los delitos contra el orden socioeconómico afectan al orden económico de la sociedad, distinguiéndose así de los patrimoniales que afectan a bienes individuales, aunque se ha considerado que existe una protección de bienes individuales orientada a la de bienes mediatos supraindividuales⁷². A pesar de lo dicho, parece haber una cierta confusión en la redacción del Código Penal para encontrar una diferencia clara entre unos y otros delitos. La solución que parece ser más adecuada es la de analizar el bien jurídico en cada figura delictiva para poder determinar una diferenciación de mayor claridad⁷³.

Las razones que nos hacen inclinarnos por la consideración de una protección de índole puramente económica, no es únicamente por la ubicación sistemática sino también por la genérica protección del precepto, pues, la publicidad engañosa tendrá un componente económico en todos los casos porque se dirige a los consumidores por parte de los fabricantes o comerciantes en orden a que los primeros adquieran o contraten esos productos o servicios.

la protección de la información veraz, “El delito publicitario” en *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995*. Tomo II. Parte Especial. Madrid 1997, VV.AA., p. 258; Muñagorri Laguía, I.: *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, Granada 1998, p. 73, aunque entendiendo una libertad de disposición de los consumidores en la contratación de bienes y servicios, expresión que realmente refleja la protección del interés económico; Santaella López, M.: *El delito publicitario op. cit.* p. 99, donde entiende que el bien jurídico tiene un carácter socioeconómico; Terradillos Basoco, J.: *Derecho penal de la empresa*, Madrid 1995, p. 186, considerándolo un delito contra el orden socioeconómico destinado a la protección de intereses difusos. Si son delitos contra el orden socioeconómico son delitos que afectarán a los intereses económicos de los consumidores (intereses puramente patrimoniales); Hernández Plasencia, J. U.: “El delito publicitario” *op. cit.* p. 1.109; López Garrido, D. y García Arán, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996, p. 142; Moreno y Bravo, E.: *El delito de publicidad falsa*, Barcelona 2001, p. 39. Portero Henares, M.: *El delito publicitario en el Código Penal español*, Valencia 2004, p. 249. González Tapia, M^a I.: “Protección penal del consumidor: especial consideración al delito de publicidad falsa” en *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, VV. AA. coordinador: Cubillo López, I. J., Pamplona 2010, p. 85. Puente Aba, L. M^a: *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia 2002, p. 263. Sierra López, M^a V.: *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en internet*, Valencia 2003, p. 130. Macías Espejo, M^a B.: *Análisis criminológico y político criminal del delito de publicidad engañosa*, Granada 2012, p. 211.

69 Así lo ha expuesto Martínez-Buján Pérez, c.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, op. cit.* p. 249. El mismo autor matizaba la referencia a bienes individualizables en “Comentario al art. 282” *op. cit.* p. 1370.

70 Vid. Doval Pais, A. y Anarte Borralló, E.: “Delito publicitario” en *Derecho Penal. Parte Especial*, Volumen II, VV. AA. Director: Boix Reig, J., Madrid 2012, p. 484.

71 Sánchez García, I.: “El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código penal)” en *Actualidad Penal*, n^o 25, junio 1997, p. 565. En el mismo sentido Demetrio Crespo, E.: “A propósito del bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el artículo 282 del Código Penal español. (Una contribución a partir de una “hermenéutica valorativa”)” en *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, VV. AA. Coordinador: García Rivas, N., Cuenca 2005, pp. 170 y 171.

72 Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte general*, Valencia 2014, p. 207.

73 Vid. Vidales Rodríguez, C.: “Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales” en *Estudios Penales y Criminológicos*, n^o XXI 1998, p. 371. La autora considera que la diferencia de unos y otros delitos, a través del estudio individual del bien jurídico nos dará la oportunidad de establecer los concursos de leyes penales o de infracciones.

Pero no siempre habrá una trascendencia referida a la salud de los consumidores, pues, no todos los productos o servicios tienen una incidencia en la salud. Por lo expuesto, parece más correcto considerar el bien protegido como de índole únicamente económica, puesto que considerar como bien jurídico protegido el patrimonio y también la salud de los consumidores requerirá para la aplicación del tipo penal el peligro del bien jurídico, respetándose así el principio de ofensividad⁷⁴; si nos encontramos con casos en los que se afecta el patrimonio de los consumidores y no su salud, en principio se deberá castigar a través del art. 282, pero realmente el bien jurídico no habría sido afectado de manera completa (patrimonio y salud), por ello sería discutible ese castigo; y si se considera de manera alternativa parece una opción que hace más inconcreto el bien jurídico a proteger por el delito que tratamos. Pensemos que siempre se va a afectar el patrimonio de los consumidores por esos productos o servicios que ofrecen en el mercado los comerciantes o fabricantes, pero no siempre la salud se va a ver afectada. Sin embargo, si consideramos como el bien ulteriormente protegido únicamente el interés económico no encontraremos los problemas apuntados. En este último caso podremos considerar acertada la incidencia en el tipo penal siempre que se produzca el peligro para este ámbito de los consumidores, se ponga en peligro o no la salud de los mismos.

No podemos dejar este apartado relativo al bien jurídico protegido sin poner de manifiesto el criterio jurisprudencial. No se trata de realizar los comentarios que se han hecho anteriormente ante las distintas posiciones, sino, simplemente, poder mostrar cuál ha sido el criterio mantenido por los tribunales españoles.

La jurisprudencia no ha mantenido una posición uniforme. Nos encontramos con una primera que considera el bien jurídico protegido como el derecho de los consumidores a una información veraz⁷⁵. Otra que se inclina por considerar que se protegen los intereses económicos colectivos de los consumidores⁷⁶. Y una tercera que considera que no solo se protege un interés económico sino, también, la salud⁷⁷.

La posición adoptada es que el bien jurídico últimamente protegido en el delito de publicidad engañosa son los intereses económicos de los consumidores⁷⁸, pues la salud no siempre se verá afectada, en cambio el ámbito económico sí. Si para la aplicación del tipo penal (con la consecuencia penológica propia) necesitamos la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, y si éste se compone de patrimonio y salud, hasta que no se vean afectados los dos no se podrá activar la sanción penal. Y se consideraran alternativos nos llevaría a una inconcreción del bien jurídico digno de protección, lo que supondría un riesgo para los principios que inspiran el Derecho Penal.

En cambio, con la consideración única de los intereses económicos como bien jurídico protegido no nos encontraremos con el problema anunciado, y siempre que a través de la publicidad engañosa se perjudiquen dichos intereses habrá posibilidad de aplicar la sanción penal prevista.

3 CONCLUSIONES

Las sociedades capitalistas utilizan, por tanto, la publicidad como el medio necesario para dar a conocer a los ciudadanos los productos y servicios de consumo que ofrecen.

74 Cobo del Rosal, M. – Vives Antón, T.S.: *op. cit.* pp. 315 y 316.

75 Así las SJP nº 23 de Madrid de 29/01/2001; SAP Barcelona (Secc. 9ª) de 30/11/2005.

76 Vid SAP Toledo (Secc. 1ª) de 15/12/2005 SAP La Rioja (Secc. 1ª) de 12/02/2003, aunque el interés económico lo conduce a patrimonio.

77 Así la SAP Barcelona (Secc. 9ª) de 30/05/2005.

78 Vid. Chaves Pedrón, C.: *op. cit.* p. 77.

La publicidad ha pasado de ser una exclusiva herramienta comercial de las empresas a ser una forma de racionalidad utilizada en la sociedad como argumento legitimador de comportamientos y estilos de vida

La actividad publicitaria requiere que los mensajes publicitarios tengan un gran calado en el consumidor a la hora de aumentar sus ventas, para ello las empresas cada vez invierten más medios económicos en esta actividad.

Las técnicas cada vez más elaboradas permiten influir en el comportamiento de los consumidores.

Esta situación genera una posición de supremacía de las empresas respecto del consumidor.

La presencia del delito de publicidad engañosa es necesario para adelantar la barrera de protección respecto de los consumidores, pues, ante la situación de inferioridad del consumidor si, además, la publicidad es engañosa el riesgo para el sujeto pasivo es importante.

El bien jurídico protegido es de carácter supraindividual y viene constituido por el derecho a una información veraz que sirva de protección a los legítimos intereses económicos de los consumidores, como una de las partes que son en el mercado, aunque con referencia a bienes individualizables. Esta protección supondrá mantener el orden económico de éste. La referida protección se limitará a los ataques más graves para el bien jurídico.

La genérica protección del precepto, publicidad engañosa, tendrá un componente económico en todos los casos porque se dirige a los consumidores por parte de los fabricantes o comerciantes en orden a que los primeros adquieran o contraten esos productos o servicios.

No siempre habrá una trascendencia referida a la salud de los consumidores, pues, no todos los productos o servicios tienen una incidencia en la salud. Por ello, no es el objeto de tutela pretendido.

El bien jurídico últimamente protegido en el delito de publicidad engañosa son los intereses económicos de los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ NOBELL, ALENJANDRO: "El nuevo panorama de los medios tradicionales: ¿qué hacer con la publicidad?" en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 131-145.

ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 14ª ed. Milano 1997, aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL Y BACIGALUPO SAGESSE, SILVINA: *Derecho Penal Económico*, Madrid 2001.

BAUDRILLARD, JEAN: "Publicidad absoluta, publicidad cero" en *Revista de Occidente*, Nº 92, 1989, pp. 5-16.

BARBERO SANTOS, MARINO: "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto" en *Anuario de Derecho Penal*, XXVI 1973, PP. 487-300.

BARONA VILAR, SILVIA: *Tutela civil y penal de la publicidad*, Valencia 1999.

BENAVIDES DELGADO, JUAN: “La investigación en la comunicación y publicidad: nuevos temas y problemas” en *Revista internacional de comunicación y publicidad*, Vol. I, Nº. 17, 2012, pp. 71 a 93.

“La nueva andadura de la publicidad” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 7-16.

BIEDMA JAÉN, JOSÉ: “Valores de la publicidad y publicidad de los valores” en *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, Nº 9, 1997, pp. 61-68.

BRAIDOT, NÉSTOR P.: *Neuromarketing*, Barcelona 2000.

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos” en *Cuadernos de Derecho judicial* nº XXXVI 1994, pp. 9-22.

“El delito publicitario” en *Derecho Penal. Parte especial*, VV. AA., 3ª ed. Valencia, pp. 524-526.

CARRASCO ANDRINO, Mª del MAR: *La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)*, Valencia 2000.

CHAVES PEDRÓN, CÉSAR: “El delito de publicidad engañosa en España: algunas consideraciones político criminales y relativas al bien jurídico protegido” en *Cuadernos de Derecho Penal*, nº 15, enero-junio 2016, Bogotá (Colombia), pp. 55-84.

COBO DEL ROSAL, MANUEL Y VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. Valencia 1999, puesta al día por Cuarda Arnau, Mª L. y Quintanar Díez, M.

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 34, mayo-diciembre 1981, pp. 461-483.

CUERDA RIEZU, ANTONIO: “Los medios de comunicación y el Derecho penal” en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Volumen I, Cuenca 2001, pp. 182-206.

DE DIEGO VALLEJO, RAÚL: “Modelos psicológicos sobre comunicación persuasiva” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, p. 66-81.

DE JESÚS SÁNCHEZ, Mª GUADALUPE: “La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización” en *Poder Judicial*, número especial IX - nuevas formas de delincuencia -, 1988, pp. 313-316.

DE VEGA RUIZ, JOSÉ AUGUSTO: “Protección penal del consumidor” en *Poder Judicial*, nº especial IX, 28 a 30 de noviembre de 1988, pp. 277-297.

DEMETRIO CRESPO, EDUARDO: “A propósito del bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el artículo 282 del Código Penal español. (Una contribución a partir de una “hermenéutica valorativa”)” en *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, VV. AA. Coordinador: García Rivas, N., Cuenca 2005, pp. 157-1172.

DOVAL PAIS, ANTONIO Y ANARTE BORRALLO, ENRIQUE: “Delito publicitario” en *Derecho Penal. Parte Especial*, Volumen II, VV. AA. Director: Boix Reig, J., Madrid 2012, pp. 483-493.

FELIU GARCÍA, EMILIO: *Los lenguajes de la publicidad*, Alicante 1984.

FERNÁNDEZ ALBOR, AGUSTÍN Y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS: *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela 1983.

FERNÁNDEZ NOVOA, CARLOS: *Estudios de Derecho de la publicidad*, Santiago de Compostela 1989.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES Y LÓPEZ GARRIDO, DIEGO: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996.

GARCÍA RIVAS, NICOLÁS: *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona 1998.

GÓMEZ NIETO, M^a BEGOÑA: “Nuevas tendencias en comunicación publicitaria” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 161-175.

GÓMEZ RIVERO, M^a CARMEN: “Hacia una nueva interpretación del delito publicitario” en *La Ley*, nº 4 1997, pp. 1231-1236.

GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ: “Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal de 1992”, en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, pp. 167-186.

“Delitos relativos al mercado y a los consumidores” en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, VV. AA. Directora: Asúa Barrita, A., Bilbao 1998, pp. 145-150.

“Delitos relativos al mercado y los consumidores” en *Curso de derecho Penal español. Parte especial*, Volumen I, VV. AA., director: Cobo del Rosal, M., Madrid 1996, p. 807.

“Publicidad engañosa” en *Sistema de Derecho Penal español. Parte especial*, VV. AA. Coordinador: Morillas Cueva, L., Madrid 2011, pp. 600-602.

GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: “Protección penal del consumidor: especial consideración al delito de publicidad falsa” en *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, VV. AA. coordinador: Cubillo López, I. J., Pamplona 2010, pp. 75-123.

HAAS, C. R: *Teoría, técnica y práctica de la publicidad*. Madrid 1971.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES: “El delito publicitario” en *AP*, 1997-2 pp. 1095-1118.

“El delito publicitario” en *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995*, VV. AA., Tomo II, Madrid 1997, pp. 241-271.

JIMÉNEZ, M. C.: “Investigar la publicidad desde sus contenidos” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 95-114.

LAFUENTE PÉREZ, PATRICIA: “Lo social como germen de lo publicitario” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 82-93.

MACÍAS ESPEJO, M^a BELÉN: *Análisis criminológico y político criminal del delito de publicidad engañosa*, Granada 2012.

MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS: “La tipificación del delito publicitario en el Derecho español” en *Poder Judicial*, nº especial IX, 28 a 30 de noviembre de 1988, pp. 269-276.

MAPELLI CAFFARENA, BORJA: *El delito de publicidad fraudulenta*, Valencia 1999.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS: “Sección segunda del capítulo primero del título XII de la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal de 1983: “De los delitos publicitarios” (arts. 279 y 280)” en *Documentación Jurídica* Volumen 2 nº 37-40 enero-diciembre 1983, pp. 749-767.

“Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa” en *Cuadernos de Política Criminal* nº 22, 1984, pp. 33-94.

“Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de código penal de 1992” en *Estudios penales y criminológicos*, nº 16, 1992-1993, pp. 327-394.

“El delito de publicidad engañosa en el anteproyecto de Código Penal de 1992” en *Hacia un Derecho Penal Económico. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, pp. 229-241.

“Comentario al artículo 282” en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia 1996, pp. 1369-1374.

MATA Y MARTÍN, R.M.: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada 1997.

MEYERS, W.: *Los creadores de imagen*, Barcelona 1994 – traducción realizada por Joaquín Adsuar Ortega -.

MORENO Y BRAVO, EMILIO: *El delito de publicidad falsa*, Barcelona 2001.

MUÑAGORRI LAGUÍA, IGNACIO: *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, Granada 1998.

MUÑIZ VELÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO: “La revolución neurocientífica en publicidad y marketing” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 189-204.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: “Notas para un estudio los fraudes alimentarios en Derecho Penal” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1979 nº 57, pp. 55-136.

PIGNOTTI, LUIGI: *La supernada. Ideología y lenguaje de la publicidad*, Valencia 1976.

PORTERO HENARES, MANUEL: *El delito publicitario en el Código Penal español*, Valencia 2004.

“Publicidad ilícita” en *Diccionario de Derecho Penal económico*, VV. AA., director: Boix Reig, J., Madrid 2008, pp. 753-7761.

PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO: “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos” en *Cuadernos de Política Criminal* nº 39 1989, pp. 723-748.

PUENTE ABA, LUZ M^a: *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia 2002.

PULITANÒ, DOMENICO: “Obblighi costituzionali di tutela penale?” en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, XXVI, anno 1983, PP. 485-551.

RATEY, JOHN J.: *El cerebro: manual de instrucciones*, Barcelona 2003.

RIPOLL NAVARRO, RAFAEL: “Publicidad engañosa, tratamiento jurídico español y comunitario” en *La Ley*, nº 3 1991, pp. 996-1.000.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid 1994.

ROMERO CALMACHE, MARÍA: “Nuevos medios digitales y sus posibilidades publicitarias” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 146-160.

ROYO VELA, MARCELO: “Diferentes aproximaciones conceptuales a la consideración de la publicidad como información de consumo” en *Quaderns de Treball* nº 73 1998, pp. 1-28.

“Las críticas a la publicidad” en *ESIC MARKET*, julio-septiembre 1997, Madrid, pp. 91-105.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Proyecto de ley orgánica de Código Penal*, Madrid 1980.

SÁNCHEZ GARCÍA, ISABEL: “El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código penal)” en *Actualidad Penal*, nº 25, junio 1997, pp. 543-573.

SANTAELLA LÓPEZ, MANUEL: “Los derechos de información y expresión de consumidores y usuarios” en *Documentación Jurídica*, Nº 18 abril-junio 1978, pp. 411-430.

El delito publicitario. Aspectos penales de la comunicación publicitaria. Madrid 1981.

SERRANO BUTRAGUEÑO, IGNACIO: “El recurso a la última ratio como protección necesaria de los consumidores” en *La protección penal de los consumidores*, VV. AA. Madrid 2008, pp. 13-27.

SIERRA LÓPEZ, M^a DEL VALLE: *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en internet*, Valencia 2003.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición Barcelona 2006.

TALLÓN GARCÍA, J.: *Curso de Derecho Publicitario*, Valladolid 1979.

TAMARIT SUMALLA, JOSEP M^a: “La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales” en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 41, 1990, pp. 321-346.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN: *Derecho penal de la empresa*, Madrid 1995.

TIEDEMANN, KLAUS: *Poder económico y delito*, Barcelona 1985.

TORÍO LÓPEZ, ÁNGEL: “Los delitos del peligro hipotético” en *Anuario de Derecho Penal*, XXXVI 1981, pp. 825-847.

VIDALES RODRÍGUEZ, CATY: “Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales” en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XXI 1998, pp. 306-378.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

SOLAR ENERGY AS A SUSTAINABLE DEVELOPMENT FACTOR

MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA
FLÁVIA DE PAIVA MEDEIROS DE OLIVEIRA
WANDERSON CARVALHO SILVA

SOLAR ENERGY AS A SUSTAINABLE DEVELOPMENT FACTOR

ENERGIA SOLAR COMO UM FATOR DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Received: 09/06/2020
Approved: 27/06/2020

Maria Marconiete Fernandes Pereira¹
Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira²
Wanderson Carvalho Silva³

ABSTRACT:

This article examines the possibility of using solar energy as a viable alternative, necessary to diversify the country's energy matrix under the potential the Northeast presents. The approach is made with a view to highlighting clean and renewable energy and a global effort to preserve the environment, embodied in treaties and legal instruments of International Law. The central core is the idea of sustainability. The methodology approach is qualitative, in which legal and doctrinal surveys will be used in the legal literature. The text is divided into an introduction that gives an overview of the subject studied, then subdivided into 3 (three) specific topics that discuss the search for alternatives to the Brazilian energy matrix, considering about solar energy and, finally, the regulation of that energy. In the research, the economic viability is verified when the installation expands through this energy matrix, as well as the incremental benefits generated to the environment, in addition to the cost savings in the productive sector.

Keywords: Solar energy. Sustainability. Sustainable development. Energy matrix.

RESUMO:

O presente artigo examinar a possibilidade da utilização da energia solar como uma alternativa viável e necessária a diversificação da matriz energética do país, tendo em vista o potencial da região Nordeste. A abordagem é feita numa perspectiva de destacar a energia limpa e renovável e o esforço global da preservação do meio ambiente, consubstanciado em tratados e instrumentos jurídicos de Direito Internacional. Tendo como núcleo central a ideia de sustentabilidade. A abordagem metodológica aponta-se qualitativa, na qual se utilizará de levantamento legal e doutrinário na literatura jurídica. O texto divide-se em uma introdução que dá um panorama geral acerca da temática estudada, em seguida se subdivide em 3 (três) tópicos específicos que discutem a busca por alternativas para a matriz energética brasileira, considerando acerca da energia solar e, finalmente, a regulação dessa energia. Na pesquisa, constata-se a viabilidade econômica quando da expansão da instalação por essa matriz energética, bem como benefícios incrementais gerados ao meio ambiente, além da economia dos custos no setor produtivo.

¹ Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (2014). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (2009), área de Concentração em Direito Econômico. Professora do Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE). E-mail: mmarconiete@gmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade de Valencia (Espanha). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professora do Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE). E-mail: flaviadepaivamedeirosde@gmail.com.

³ Mestrando em Direito pela UNIPÊ-PB. Especialista em aplicações complementares às ciências militares pela ESFCEx. Graduado em Direito pelo IESP-PB. E-mail: wandersoncarvalhosilva@hotmail.com.

Palavras-chave: Energia Solar. Sustentabilidade. Desenvolvimento sustentável. Matriz energética.

INTRODUCTION

The Federal Constitution of 1988 foresees the possibility of hydraulic energy potential, in order to understand that renewable energy can be contemplated in this context. This interpretative expansion derives from a teleological analysis of the constitutional text in the face of the pressing need for sustainable energy alternatives, in which the environment and energy are interacted, as the country's developmental forms.

It is worth mentioning that human and economic activities have gained impulses for growth with the collaboration of the capitalist system. A society of consumerist standards was established that reflected in the use of natural resources for the production of goods to serve, precisely, this consumer society. The use of electric energy in this industrialization process stands out.

From the first scientific discoveries on electric energy, among which the memorable and pioneering researches by the philosopher Tales de Mileto, and, until the beginning of its use in the productive sectors of civilizations, electric energy has always been a factor that has led to development both in economic and social fields. Nowadays, technological advances have boosted human activities that made them dependent on energy.

The role played by access to electricity, as well as its generation, distribution and transmission, materialized in the possibility of economic development in the productive sectors, including, although to a lesser extent, locations further away from large urban agglomerations. The development of activities impacted by access to energy sources has led to the pursuit and development also of forms to obtain energy, evidenced by the evolution of alternative energy production.

Energy alternatives matter in the aspect of life in society from the perspective of sustainability, guaranteeing the well-being of present and future generations. This guarantor development cannot be restrictive, that is, it must reach economic, environmental and social aspects. On this issue of sustainability, it triggers the economic aspect together with the need of preserving the environment.

A first initiative in the construction of environmental protection standards was given by the implementation of the United Nations Conference on the Human Environment, in Stockholm, in 1972. In fact, this event represented a milestone in International Environmental Law with proposals to consolidate principles for the purpose of preserving and protecting the environment. It is worth mentioning that the questions about the preservation of the environment in view of the degradation caused by the advancement of economic activities started to be gradually inserted in the direction of the evolution of technologies, in order to minimize the impacts and make the activities aligned with the concept of sustainable development. It is noteworthy that the scarcity and finitude of more traditional energy resources, such as coal, and oil, directed the development of the energy sector within the technological field. In this context, the advancement of technology has led to research of alternative forms of energy generation, among which stand out the derivative of the wind, biomass and solar sources.

It is possible to affirm that we are starting a new disruption, given that in the search for a more economical energy matrix, with less polluting effects and causing the least impact on the ecosystem. This proposal can be materialized in the long term, gradually, through

the planning of alternative energy matrixes considered renewable. The energies derived from alternative sources for being clean, renewable, and available in abundance in Brazil, appear as a path that will invariably be followed in changing the composition of our energy matrix.

One of the most promising alternatives is the energy from the solar source, precisely because of the climatic and geographical condition of Brazil. The abundance of solar irradiation, considering the most relevant solarimetric indices for the exploitation of this energy source, Brazil can be considered as one of the major beneficiaries of the expansion of this matrix. The increase in this source stands out especially due to the potential of these indexes in territories with prospects for the development of economic activities, such as those in the states of the Northeast region.

Solar energy then starts to stand out, in this scenario, as a promising option in the composition of the Brazilian energy matrix with the potential to generate sustainable economic development, varying with the degree of investments, incentives and promotion, both in the public and private sector. Among the characteristics that enable the potential for growth and development of the solar power generation market, especially photovoltaic, we mainly list: (i) the levels of solar irradiation in the Brazilian territory, higher than in countries where the use of solar energy it is more explored, (ii) availability of land in areas with excellent levels of incidence of solar radiation; and (iii) high availability of the raw material used in the production of photovoltaic cells, that is, silicon - extracted from quartz, being Brazil one of the largest world reserves of this ore.

The research method predominantly used will be the deductive method, with the predominantly used research technique will be the bibliography review.

1 SUSTAINABLE DEVELOPMENT AS A GOAL TO BE ACHIEVED

The principle of sustainable development was echoed from the Stockholm Conference and established a standard of respect for the environment, which advocated for meeting the needs of present generations, also guaranteeing the future one to fulfil their aspirations. This principle aims to make the process of economic development compatible with the preservation of natural resources, in order to guarantee life on Planet Earth.

It is certain that its content has, over time, improved. Nevertheless, it maintains a constant and immutable core that consists on the need to always seek a balance, giving the man of the present the obligation to guarantee a balanced relationship with his surroundings, both to safeguard his own life, and the life of generations to come. This search for balance that permeates the relationship between human beings and their surroundings makes it necessary to find real mechanisms that must be present in the daily life of the human species. Such daily pursuit compose sustainability. Having a sustainable posture, therefore, means seeking a balanced relationship with the surroundings on a daily basis. For this reason, sustainability must be viewed under a multidimensional bias, in order to allow this balance to extend to all areas of human life.

The starting point for awakening ecological awareness was raised, unequivocally, with the Stockholm Conference in 1972, which drew attention to the importance of international cooperation in matters related to the environment (COMPAGNONI, undated). From it, it was observed at the international level that there was a problem, in a greater or lesser extent, in all countries whose proportions could not be assessed individually by each member of the international community, but to be understood from a global perspective.

According to Le Prestre (2000), the conference was held to address four factors that influenced the environmental society at the time: the increase and importance of the scientific community, who were beginning to question the future of the planet; the climate change and the quantity and quality of water; the increased exposure, by the media, of environmental disasters (oil spills, disappearance of wild territories, changes in the landscape), generating greater questioning by society about the causes and solutions for such disasters; and the unrestrained growth of the economy, and consequently of cities, which have grown with no planning for the future; other environmental problems such as acid rain, pollution of the Baltic Sea, large quantities of heavy metals and pesticides.

The result of this international meeting led to the elaboration of a legal framework for the protection of the environment with the enunciation of principles that, later, were moulded in the Constitutions. These principles came into force and served to instigate the preservation of the environment, in which the protectionist responsibility for natural resources rests with States and society.

In this sense, the United Nations (UN) formally positioned itself on sustainability, in 1987, in the report *Our Common Future*, in which it was recommended to hold a world conference to address the environmental issue: Rio-92. In that report, the following was stated:

Many of us live beyond ecological resources, for example, in our energy consumption patterns. At the very least, sustainable development should not jeopardize the natural systems that sustain life on Earth: the atmosphere, waters, soils and living beings. In essence, sustainable development is a process of change in which the exploitation of resources, the direction of investments, the orientation of technological development and institutional change are in harmony and reinforce the current and future potential to satisfy human aspirations and needs. (UN, 1991, p. 49).

The concept of sustainable development revealed the premise of seeking a balance between meeting present needs and the viability of existence for future generations. This idea of sustainability, born at the end of the 20th century, made clear the insolvency of the economic growth model adopted until then and emphasized that it was not able to ensure the qualitative development of human beings (COELHO; ARAÚJO, undated). Based on these premises, it is possible to affirm that sustainable development is a development model that recognizes the need to combine economic growth with the preservation of environmental resources. In turn, sustainability reveals the necessity of fulfilling human daily life for a conscious society. Bearing in mind that sustainability materializes the sustainable development model, it must be comprehended from systemic perspective, from a social, economic, cultural, political and environmental perspective.

Regarding this argument, the Supreme Court ruled on the issue of national development (CF, art.3, II) and the need to preserve the integrity of the environment (CF, art.225

The principle of sustainable development as a factor of achieving the right balance between the requirements of the economy and ecology. The principle of sustainable development, in addition to being imbued with an eminently constitutional character, finds legitimate support in international commitments undertaken by the Brazilian State. It represents a factor of the right balance between the requirements of the economy and those of ecology, subordinated, however, to the invocation of this postulate, when a situation of conflict between relevant constitutional values, to an unavoidable condition, the observance of which does not compromise or deflate the essential content of one of the most significant fundamental rights: the right to preserve the environment. It translates into the common use of generality of people, to be safeguarded in benefit of present and future generations.

[ADI 3,540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1-9-2005, P, 3-2-2006 DJ.]

From an economic point of view, it is characterized as the search for a balance between the use of natural resources and the production of wealth. In the environmental conception, the idea of sustainability elicits the preservation of natural resources for present and future generations. Sustainable, therefore, is something that remains balanced over time from a dynamic, multidimensional and collective perspective. (COELHO; ARAUJO, undated).

The Brazilian Constitutional Text, the constituent legislator highlighted the collective responsibility for achieving sustainability from a systemic perspective, recognizing that it is the duty of the entire community to defend and preserve the environment for present and future generations. This conception is also expressed in the Sustainable Development Goals (SDGs) and, with regard to energy, predicted in Goal 7, that countries should “ensure reliable, sustainable, modern and affordable access to energy for all” (UN, 2015). To achieve this goal, it is necessary to: a) ensure universal, reliable, modern and affordable access to energy services; b) considerably increase the share of renewable energies in the global energy matrix, and c) double the overall rate of improvement in energy efficiency. In addition, countries are expected to adopt such measures by 2030, such as: strengthening international cooperation to facilitate access to clean energy research and technologies, including renewable energies, energy efficiency and advanced and cleaner fossil fuel technologies, and promoting investment in energy infrastructure and clean energy technologies. (UN, 2030).

The objectives listed by the aforementioned international body make it clear that the need to foster renewable energy is an issue that runs through not only the issue of ecological sustainability, but also evokes a social aspect, namely, that of ensuring affordable prices for energy services. Renewable energies can represent sources of cheaper energy and, therefore, more accessible from the cost point of view, especially with regard to the object of analysis in this article, which is solar energy whose source is abundant in the Brazilian territory. Thus, what is observed is that the theme related to renewable energies evokes a social issue to which Brazil must be aware, in order to be able to reach the SDGs proposed by the UN.

2 THE SEARCH FOR ALTERNATIVES FOR THE BRAZILIAN ENERGY MATRIX

In the understanding of Gonçalves (2016, p.88), the role of energy in the energy matrix includes a substitute and complementary role for renewable energies. In this sense, renewable energy is used as a new energy provider for activities previously captive or simply wearer of other energy sources due to depletion, lower costs and greater economic efficiency when viewed from a substitute perspective. In the complementary question, renewable energy may add viable alternatives to the energy matrix made available to society (XAVIER; LANZILLO, 2010).

The energy matrix is considered as the set of energy sources available for use in the economic, social and human activities of society. When it comes to the energy matrix, it encompasses the generation and use of energy in various forms, such as: electrical energy, but in mechanical, thermal, chemical, nuclear energy, among others.

The diversification of the Brazilian energy matrix finds one of its historical moments, in the edition of Constitutional Amendment No. 1 of 1969, which aimed to bring a profound reform to the 1967 constitution, during the period of military governments, but specifically with regard to energy matrices. It highlighted the possible path of diversification of the national energy matrix, by providing and mentioning, in a pioneering way, other energy sources:

Art. 8th It is within the power of the Union

[...]

XVII - legislate on:

[...]

i) water, telecommunications, postal service and energy (electric, thermal, nuclear or any other);

In the field of “Energy Law”, it should be emphasized that this mention made with the wording given to clause “i” of item XVII of art. 8 of the Federal Constitution, is endowed with a very expressive symbolism, once no other constitutional text had mentioned the forms of energy generation as the electric, thermal, and nuclear energies were expressly listed, recognizing the constitutional legislator yet, that the technological advance could bring the possibility of generating energy in other ways. In this sense, when dealing with the specific provisions for the energy sector, despite not having reserved a special topic to the theme, kept a relevant concern with the diversification of the national energy matrix, in favour of sustainable development and a productive technological market.

The 1988 Constitution, on the other hand, dealt with energy sources, specifically nuclear energy, oil products and hydroelectric power. It is worth observing that energy from other sources that could be developed and viable with the advancement of technology, notably renewable ones. As recommended by the Federal Constitution in § 4 of art. 176, in which it recommends the non-dependence on authorization or concession for the use of the reduced capacity renewable energy potential. There is a legislative perspective, since no other constitutional text has mentioned renewable energies, even in a generic way.

Aware of these technological opportunities, the constitutional legislator, especially after the issuance of Constitutional Amendment 85, of 2015, demonstrated that the State in the role of economic inducing agent will prioritize innovation in order to promote the well-being of all, as well as national progress. Thereby, the 1988 Constitution thus provides:

Art. 218 The State shall promote and encourage scientific development, research, scientific and technological training and innovation.

§ 1 Basic and technological scientific research will receive priority treatment from the State, in view of the public good and the progress of science, technology and innovation.

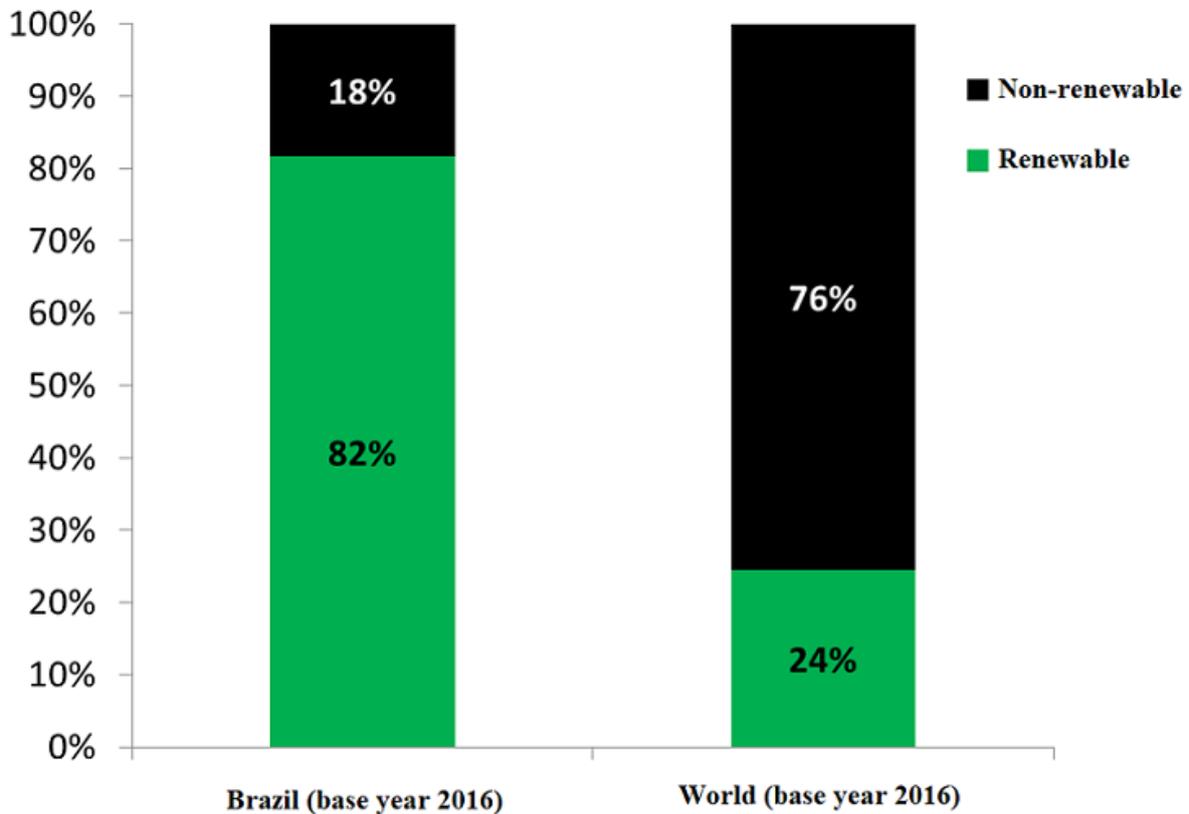
§ 2 The technological research will mainly focus on the solution of Brazilian problems and on the development of the national and regional productive system.

In this sense, the system being more opened for innovation in the energy field, adopted in the Federal Constitution of 1988, has played a fundamental role in the strategic direction of this sector and the country’s sustainable development. This will provide a position of advantage for Brazil in fulfilling its international obligations regarding the reduction of greenhouse gas (GHG) emissions. This alignment is consistent with the current stage of the concept of sustainability, focusing its provisions on encouraging renewable energy sources, and also on the issue of energy efficiency (TAQUES; LOPES, 2016).

In line with the notion of sustainability, there is a gradual decarbonisation and replacement by the electrification of energy matrices. This scenario places Brazil in a very favourable position in relation to the world average indexes, mainly due to the availability of natural resources. Consequently, it allows the expansion and diversification of the Brazilian energy matrix to develop from renewable energy sources, such as the hydroelectric plant derived from Small Hydroelectric Plants (PCH, in the Portuguese acronym) and from biofuels, respectively from wind and solar sources.

When comparing data from the Brazilian Electric Matrix and the average of the World Electric Matrix, the numbers of the Brazilian energy sector are quite significant.

Comparison - Brazilian Electric Matrix Vs. World Electrical Matrix



Source: Energy Research Company (BEN 2018).

According to the graph, 82% (eighty-two percent) of the Brazilian electrical matrix comes from renewable sources, while the world average represents only 24% (twenty-four percent) of its electrical energy derived from renewable sources. That number is extremely favourable to Brazil. It is explained, mainly, by the hydroelectric potential and investments in infrastructure in the electric sector boosted from the 40s of the last century, aiming to meet industrial growth.

The counterpoint to the Brazilian hydroelectric potential is that although only one third of this potential has been exploited, that is, there is still 70% of this potential not yet used, mainly in the Amazon and *Cerrado* biomes. Therefore, it becomes an obstacle to an eventual movement of expansion of hydroelectric energy in the country, considering the environmental impact caused by the construction of hydroelectric plants (EPE, 2007).

One of the points to promote the use of renewable sources is the incentive through public and private investments, since Brazil is also promising in the field of wind and solar energy. Within the scope of public power, the State has the role of inducing economic agent seeking to direct the Brazilian electricity sector to attract private investors, and, therefore, assume the sector's regulatory function. The private sector should have market conditions with open investments and regulatory standards that provide public development policies.

The energy sector must pursue economic and social objectives as instruments to stimulate the production of energy diversity. Adopting the strategy that solar energy can occupy the space in the Brazilian electrical matrix of that 18%, today occupied by non-renewable sources. In this case, there would be an expansion of the sustainability capacity of the Brazilian electric sector, that is, following this strategic option, the equation of the

Brazilian energy matrix would tend to become even more sustainable. According to Pereira (2017), “the Northeast region has the greatest solar potential, with an average value of the daily total of global horizontal irradiation of 5.49 kWh/m² and the normal direct component of 5.05 kWh/m²”. The Southeast and Midwest regions present daily totals close to the global horizontal irradiation around 5.07 kWh/m². These indexes place Brazil as one of the greatest potentials for exploiting solar energy in the world.

3 BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT SOLAR ENERGY

According to Amado (2017, p. 873), “the word energy it means force in action, it cannot be created or destroyed, but only captured and transformed. In turn, energy sources are elements or bodies that contain or transform energy, as the sun and hydroelectric plants”.

Energy sources are classified as renewable sources, which are those that are not exhausted, that is, they can be renewed, as the sun and wind. Non-renewable sources, on the other hand, are those that run out, as fossil fuels, which, once the planet’s capacity to supply it has been exhausted, will no longer be able to produce energy through it.

However, the greatest source of energy that exists on the planet, emanating from it almost all other sources of energy, is undoubtedly the sun (SIRVINSKAS, 2018, p. 444). The discovery of energy by solar radiation comes from the experiments of the French physicist Edmond Becquerel⁴, to whom the discovery of its origin is attributed, when first observed the photovoltaic effect, in 1839, of the 19th century.

For a long time, solar energy was seen as a very futuristic and expensive energy, which would not be used in general. It is worth noting that in the 50s, the American chemist Calvin Souther Fuller developed a silicon doping process and with the advance of experiments he managed to produce and present the first solar cell⁵.

The direct conversion of solar energy into electrical energy occurs due to the effects of radiation (heat and light) on certain materials, particularly semiconductors. Among these, the thermoelectric and photovoltaic effects stand out. The first is characterized by the appearance of a potential difference, caused by the joining of two metals, under specific conditions. In the second, the photons contained in sunlight are converted into electrical energy, through the use of solar cells. (ANEEL, 2015).

Nowadays, with the global need to produce more and more energy from renewable and clean sources, due to the international commitments of nations to reduce their emissions of polluting gases, solar energy has received investments from large private corporations. Sirvinskas (2018, p. 433), describe how some large global companies are attentive to investing in renewable energy:

Google is building a giant solar plant - the Ivanpah Solar Electric Generating System. It is located in the Mojave Desert of Southern California and is the largest solar plant in the United States. It will have the capacity to generate enough electricity to supply 140 thousand homes. Alone it will increase the production of solar energy in the USA by 60%. The investment was US\$ 2.2 billion and was partnered by the companies BrightSource and NRG Energy. The plant occupies an area of 1,300 football fields with 346,000 mirrors.

⁴ SUPERIOR TECHNICAL INSTITUTE. Universidade Técnica de Lisboa. **Brief History of Solar Energy**. Available at: < <http://web.ist.utl.pt/palmira/solar.html> > Accessed on: Feb. 13, 2019.

⁵ SOLAR PORTAL. History of solar energy: how it all started. Available at < <https://www.portalsolar.com.br/blog-solar/energia-solar/historia-da-energia-solar-como-tudo-comecou.html> > Accessed on September 22, 2019.

This concern with the sustainability of the energy sector in other countries is also related to the gradual increase in the consumption of electric energy driven by the increasing dependence of everyday life on the use of equipment such as smartphones, tablets, smartwatches, and notebooks, among others. Google and Facebook alone consume more energy than some small countries (SIRVINSKAS, 2018 p. 432).

It is also worth remembering that in a relatively medium term, electricity consumption will be strongly impacted by the transport sector due to the prospect of replacing fossil fuel vehicles with electric cars. This process has already started in some countries, and it remains to be seen whether the refueling of these vehicles will be done at gas stations. Currently, in the users' own homes, which would reflect a change in social habits and certainly a positive impact on the market for electricity generation from the solar source.

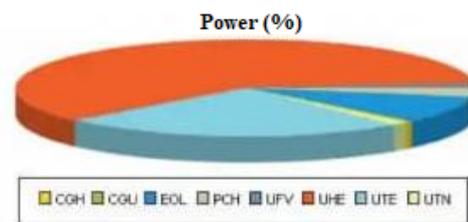
In Brazil, although not receiving investments of the magnitude of other countries where solar energy is more widespread, such as the United States, China, Germany, Spain and Japan, there is a tendency to expand the renewable energy generation market in Brazil. In this sense, according to Silva (2015, p. 29), the prospect of expansion of wind energy is also an opportunity for growth in solar energy since wind and solar energy can operate in a complementary regime. The two have the characteristic of being intermittent, that is, one generates more energy at night (wind) and the other produces its energy during the day (solar).

The *Renova Energia* company, one of the leaders in wind energy in Brazil, announced the start of construction, still in 2014, of the first hybrid complex for the generation of solar and wind energy in Brazil (SILVA, 2015, p. 29). This expansion trend is confirmed by ANEEL in data provided by its Generation Information Bank (BIG, in the Portuguese acronym)⁶, which informs that of the power generation projects, among all sources within the "in operation" status, the Central Photovoltaic Solar Generator (UFV) represent 1.21% of the total, while that of the projects "under construction" in the country, the Central Photovoltaic Solar Generator (UFV) type represents 5.61%. Subsequently, the data of the projects "in operation", of the type Central Photovoltaic Solar Generator (UFV) now represent 1.36% of the total, whereas of the projects "under construction" increased to 8.7%, as shown in Figures 1 and 2, with information obtained on February 11, 2019 and September 27, 2019, respectively, in UFV type.

Figure 1. Generation Information Bank (BIG) - Projects in Operation

Projects in Operation				
Type	Quantity	Granted Power (kW)	Supervised Power (kW)	%
CGH	713	744.410	744.224	0,45
CGU	1	50	50	0
EOL	618	15.163.989	15.145.093	9,06
PCH	425	5.277.049	5.232.466	3,13
UFV	3.052	2.267.679	2.267.554	1,36
UHE	217	102.932.608	100.834.417	60,32
UTE	3.022	42.492.255	40.948.974	24,5
UTN	2	1.990.000	1.990.000	1,19
Total	8.050	170.868.040	167.162.778	100

The percentage values refer to the Supervised Power. The Granted Power is equal to that considered in the Granting Act. The Supervised Power is equal to that considered from the commercial operation of the first generating unit.

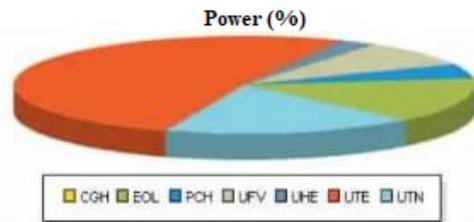


Source: Aneel

⁶ ANEEL. BIG - Banco de Informações de Geração. Updated on 11/02/2019. Available at: < <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/capacitybrasil/capacitybrasil.cfm> > Access on Feb 11, 2019 and Sep 27, 2019).

Figure 2. Generation Information Bank (BIG) - Projects under Construction

Projects under Construction			
Type	Quantity	Granted Power (kW)	%
CGH	4	8.512	0,11
EOL	54	1.116.360	14,89
PCH	28	349.829	4,66
UFV	24	652.496	8,7
UHE	2	177.900	2,37
UTE	83	3.844.736	51,26
UTN	1	1.350.000	18
Total	196	7.499.833	100



Source: Aneel

4 THE CURRENT REGULATION OF ENERGY GENERATION BY THE SOLAR SOURCE IN BRAZIL

As already mentioned, Brazil since the beginning of this 21st century has been going through several legislative revisions in its legal framework regarding energy aiming at the optimization of this sector. That added to the environmental concern due to some energy crises of significant proportions and countless deleterious consequences.

Since then, the powers of the Republic have endeavoured to find solutions to the problem, revising and modernizing legislation, as well as encouraging investments in alternative energy generation in order to diversify the energy matrix and perfecting the planning of the energy sector as a strategic sector for the country's economy. Among the legislative changes that deserve to be highlighted is Law No. 10,295 of October 17, 2001, which provided for the National Policy for Conservation and Rational Use of Energy, aiming at both the efficient allocation of energy resources and the preservation of the environment.

Several other actions were taken by the public authorities, among them the creation of programs such as the "Alternative Energy Sources Incentive Program" (PROINFA), which, despite not mentioning solar energy, sought to increase the participation of electricity produced by independent producers, based on alternative sources, among other provisions of Law No. 10,438/02.

The Electricity Commercialization Law, No. 10,848, of March 15, 2004, also introduced provisions in order to include in the regulation of the commercialization of energy that produced by alternative sources, as it did in items II and III of §5 of art. 2, of which we quote the text:

Art.2. The Concessionaires, permit holders and authorized service providers for the electricity distribution of the National Interconnected System - SIN shall guarantee the service to the entire market, by regulated contracting, through bidding, according to regulation, which, observing the guidelines established in the paragraphs of this article, will provide on:

[...]

§ 5 The bidding processes necessary to comply with the provisions of this article shall include, among others, treatment for:

[...]

II - energy from new generation projects; and

III - alternative sources.

There is a gradual insertion of alternative energy generation in the regulation of the electricity sector, which may encourage investors in this sector to increasingly seek to influence State planning decisions, and on the other hand, it will demand from the government greater attention. With regard specifically to solar energy, Nascimento (2017, p. 27) points out that the edition of the Normative Resolution from ANEEL No. 482, of April 17, 2012, as follows:

In 2012, ANEEL took a major step towards expanding the generation of solar photovoltaic energy in consumer units by editing the Normative Resolution from ANEEL No. 482, of April 17, 2012. It establishes the general conditions for the access of microgeneration and mini-generation distributed to the systems of electricity distribution, creating the energy compensation system, in which the energy produced in the grid is injected back to the grid, and this amount is deducted from the consumption of the unit itself or of another of the same owner.

From this milestone, the distributed generation of photovoltaic solar energy began to advance in the country. According to Nascimento (2017, p. 29), there is a great growth in the number of consumer units with photovoltaic panels from 2014, reaching a total of 8,818 units and 67 MWp of installed capacity by February 2017. In accordance with ANEEL⁷, the most used source for micro and mini-generation distributed by Brazilian consumers, is the photovoltaic solar, with 82,600 micro and mini plants and about 870 megawatts (MW) of installed power. That is, in a period of 28 months, there was an increase of approximately 936% in the number of consumer units derived from micro and mini-generation distributed. This is equivalent to an average of 2,635 new consumer units with generation of energy from photovoltaic panels.

The insertion of solar energy in the Brazilian electrical matrix is a precursor to the enactment of Law No. 10,438, which created, among other measures, the Incentive Program for Alternative Sources of Electric Energy (PROINFA), aiming at increasing the participation of alternative sources in energy generation produced nationally. This program, which initially did not contemplate solar energy, was the “driving force” for the development of alternative energies, giving impulse initially to the expansion of wind energy.

It should be noted that only with the edition of Normative Resolution No. 482 of April 17, 2012, by ANEEL, solar energy had a greater chance of expanding and really becoming a viable energy alternative. This Resolution encourages a tendency to reduce prices in the cost of equipment used in the installation of energy generation systems using the solar source, providing an increase in the generation of solar energy, although it still does not represent a significant percentage of the Brazilian energy matrix.

According to the release of BP Statistical Review of World Energy 2019, (2019, p. 52) Brazil achieved a percentage growth of 277.1% (two hundred and seventy-seven point one percent) in its solar generation only from 2017 to 2018, going from 0.8 Terawatt/hour in 2017 to 3.1 Terawatt/hour in 2018. To exemplify the growth potential of this sector, it is enough to mention the case of Chile, which despite having a much smaller territory than Brazil, has a generation capacity of 5.1 Terawatt/hour of electric energy from the solar source. It should be added that, despite the large percentage of growth from 2017 to 2018, the generation of energy by the solar source in Brazil still has a percentage far below its potential. Solar energy accounts for only 1.3% of the Brazilian electrical matrix, according to ANEEL/ABSOLAR.

In the next decade, according to EPE (2018 p. 219), the 2027 Ten-Year Energy Expansion Plan predicts that there will be an increase of 7.5 GW with the implementation of plants

⁷ ANEEL. Brasil exceeds 1 GW in distributed generation. Posted on Jun 11 2019. Available at: < http://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao/-/asset_publisher/XGPXSqdMFHrE/content/brasil-ultrapassa-marca-de-1gw-em-geracao-distribuida/656877 > Accessed on: Sep. 27, 2019.

planned mainly in the Northeastern semiarid. This region, according to the aforementioned estimate, should receive 80% of the amount of this expansion in 10 (ten) years.

In this sense, the last factor that should impact and enable this expected expansion of energy generation by the solar source is the economic one. In fact, the biggest obstacle to further growth in solar energy is costs. That is why it is extremely relevant to induce initiatives such as that of the current federal government that has been promoting auctions aimed at selling electricity by solar plants and taking action, such as, for example, the first floating solar plant in the Sobradinho hydroelectric reservoir, in Bahia. It is currently the largest power generation project in this situation and may open the opportunity for projects of this nature in other reservoirs of hydroelectric plants, which are extremely favourable due to the non-occupation of areas on the ground and the possibility of using the existing transmission network.

Another factor that is favoured with public policies of incentive and the exploitation of the potential is the development of a national industry of photovoltaic cells production, since these are manufactured with the use of silicon as a masterpiece, and Brazil has one of the largest reserves of that material. This would reduce the costs of acquiring solar panels that are currently imported mainly from China, since in Brazil there is no technology for manufacturing photovoltaic cells. One of the forms of incentives would be taxation, since it is a decisive economic factor for attracting investments to the sector, together with the promotion through financing by incentive agencies.

5 FINAL CONSIDERATIONS

The implementation of power generation from renewable and clean sources has attracted the sympathy of the global community, given that concerns about the maintenance of an adequate environment for the healthy development of present and future generations are growing.

It is true that the use of energy causes significant impacts on the environment, especially for fossil fuels, which in addition to emitting more polluting gases are also finite and distributed in the world quite unevenly, as is the case of oil and natural gas (GOLDEMBERG, 2015). In this context of environmental and economic concern, solar energy has emerged as a promising alternative to the solution of the issue of degradation and availability, as it is more inclusive and tends to cause a greater disruption in the established energy market, consecrating the traditional popular saying “the sun is for all”.

In Brazil, the photovoltaic solar energy market has experienced excellent growth, although it still occupies a very small percentage in the electrical matrix and even lower in the country’s energy matrix. The impediment factor is still found in the acquisition costs of equipment for power generation. But these costs have not discouraged the market, which continues to expand rapidly, given that it still has a lot of space to conquer. In addition, the fall in prices is a reality that has caused more and more people and companies to have access to the so-called distributed generation.

The legal system comes along a historical process, started at the beginning of the century with the electrical crises of 2001 and 2002, undergoing changes that have increasingly allowed the diversification of the national energy matrix and increasingly the diffusion of renewable energies. As PROINFA, the regulatory legislation, in particular edited by ANEEL, which promoted the expansion of solar energy. This new form of energy generation, in particular state agencies and entities is also attracting institutions.

Solar energy is a new opportunity that presents good prospects around the world, requiring only a promotion plan to be induced in the country due to its geographic and climatic situation, which has a potential above the world average for exploring energy generation through the Sun. Additionally, besides having abundance and regularity of sunlight, Brazil is also a major holder of reserves of the raw material of the so-called “solar plates”, silicon.

Finally, it is worth noting that although sparse measures are identified, with no system of integration and joint efforts, several entities of the federation have already been enacting legislation aimed at promoting the generation of energy by solar and other renewable sources, especially in the granting of financing and tax benefits.

REFERENCES

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
AMADO, Frederico. **Direito ambiental**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

COELHO, Marcos de Amorim ; TERRA, Lygia. **Geografia do Brasil – espaço natural, territorial e socioeconômico brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Moderna, 2002.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Rio de Janeiro, mar. 1824.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Rio de Janeiro, fev. 1891.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Rio de Janeiro, jul. 1934.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Rio de Janeiro, nov. 1937.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro, set. 1946.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Brasília, jan. 1967.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Brasília, out. 1969.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, out. 1988.

BRASIL Agência Nacional de energia Elétrica (ANEEL). Resolução normativa nº 482, de 17 de abril de 2012. Estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica, e dá outras providências. Available at: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>. Accessed on Feb 10, 2019.

COMPAGNONI, R. L. **Empregos verdes como mecanismo de redução de impactos ambientais.** Available at: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12423&revista_caderno>. Accessed on: Aug 08, 2016.

COELHO, S. de O. P.; ARAÚJO, A. F. G. de. **A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social:** para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. Available at: <https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/0/artigo_prof_saulo.pdf>. Accessed on: Mar 03, 2016.

FEITOSA, Maria Luiza de A. M.; PEREIRA, Maria Marconiete F. (Org.). **Direito Econômico da Energia e do Desenvolvimento – Ensaios interdisciplinares.** São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

GOLDEMBERG, José. **Energia e sustentabilidade.** Rev. Cult. e Ext. USP, São Paulo, n. 14. p. 33-43, nov. 2015. Available at: <http://www.revistas.usp.br/rce/article/view/108256>. Accessed on Jun 11, 2019

GONÇALVES, Oksandro Osdival. A extrafiscalidade como instrumento para incentivar a produção de energia renovável. In: CALIENDO, Paulo; CAVALCANTE, Denise Lucena (Org.). **Tributação ambiental e energias renováveis.** [recurso eletrônico] -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LE PRESTRE, P. **Ecopolítica Internacional.** São Paulo: Senac, 2000.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las.** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

ONU. **Nosso futuro comum.** 2 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

ONU. **Transformando o nosso mundo: A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável.** 2015. Available at: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Accessed on Dez 12, 2019.

PEREIRA, Enio *et al.* **Atlas Brasileiro de energia solar.** 2. ed. São José dos Campos: INPE, 2017.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado: incluindo noções de Direitos humanos e de Direito comunitário.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SILVA, R. M. **Energia Solar no Brasil: dos incentivos aos desafios.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/SENADO, Fev/2015 (Texto para Discussão nº 166). Available at: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td166>. Accessed on Sep 23, 2019.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TAQUES, F. H.; LOPES, M.C. **O Desafio da Energia Sustentável no Brasil**. Revista Cadernos de Economia, Chapecó. v. 20, n. 36, p. 71-96, 2016. Available at: <https://bell.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/rce/article/viewFile/4478/2500>. Accessed on Jun 11, 2019.

BP ENERGY ECONOMICS. **BP Statistical Review of World Energy**. London, UK, 68th edition, June, 2019.

XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; GUIMARÃES, Patricia Borba Vilar. **Direito das energias renováveis**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2010.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A EFETIVAÇÃO DA SOBERANIA ALIMENTAR NA
PERSPECTIVA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

RUI MIGUEL ZEFERINO FERREIRA
LEONARDO GOMES PEREIRA
BRUNO BASTOS DE OLIVEIRA

VOLUME 11 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2020

A EFETIVAÇÃO DA SOBERANIA ALIMENTAR NA PERSPECTIVA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

THE EFFECTIVENESS OF FOOD SOVEREIGNTY FROM THE PERSPECTIVE OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Recebido: 15/05/2020
Aprovado: 17/06/2020

Rui Miguel Zeferino Ferreira¹
Leonardo Gomes Pereira²
Bruno Bastos de Oliveira³

RESUMO:

O objetivo do presente artigo é analisar o tema da soberania alimentar, sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável e dos novos valores biocêntricos. Pretende-se, dessa forma, analisar formas de resistência do cidadão frente às violações ao efetivo exercício do direito à alimentação. Por meio do método hipotético-dedutivo, utilizou-se a pesquisa bibliográfico-documental, com estudos sobre direito à alimentação e soberania alimentar; desenvolvimento agrícola, crises da agricultura e as suas consequências sociais; agropecuária, danos ambientais e os malefícios do consumo de carne para a saúde humana; desenvolvimento sustentável, decrescimento, biocentrismo e aptidão cultural da sociedade para concretizá-los. Concluiu-se que o deslocamento do poder político-estatal para o mercado é corolário da pós-democracia e do discurso desenvolvimentista tradicional, que se mostra incompatível com o exercício pleno do direito à alimentação, à soberania alimentar e com o direito à saúde.

Palavras-chave: Soberania Alimentar. Movimentos Sociais. Desenvolvimento.

ABSTRACT:

The objective of this article is to analyze the theme of food sovereignty, from the perspective of sustainable development and new biocentric values. It is intended, therefore, to analyze forms of citizen resistance in the face of violations of the effective exercise of the right to food. Through the hypothetical-deductive method, bibliographic-documentary research was used, with studies on the right to food and food sovereignty; agricultural development, agricultural crises and their social consequences; agriculture, environmental damage and the harms of meat consumption for human health; sustainable development, degrowth, biocentrism and the cultural aptitude

¹ Professor-Adjunto Convidado da Escola Superior de Tecnologia e Gestão, do Instituto Politécnico de Leiria (Portugal), lecionando a disciplina de Direito Fiscal das Empresas, no Mestrado em Solicitação de empresa. Doutorando em Direito, pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), instituição onde é Investigador. É Mestre em Direito em Ciências Jurídico-Económicas, pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal), bem como é licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). E-mail: zeferino_ferreira@sapo.pt

² Mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Especialista em Direito do Estado (2013), em Direito Processual Civil (2015) e em Direito Tributário (2015) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2013). E-mail: leonardotabeliao@gmail.com.

³ Pós-doutor em Direito pela UNIMAR - Universidade de Marília - SP, sendo bolsista PNPd. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da UNIMAR - Universidade de Marília - SP. Doutor em Ciências Jurídicas - Direitos Humanos e Desenvolvimento - pela Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa. Advogado e Professor. Consultor Jurídico, especialista na área fiscal. E-mail: bbastos.adv@gmail.com.

of society to achieve them; and post-democracy. It was concluded that the shift of political-state power to the market is a corollary of post-democracy and traditional developmentalist discourse, which is incompatible with the full exercise of the right to food, food sovereignty and the right to health.

Keywords: Food Sovereignty. Social movements. Development.

1 INTRODUÇÃO

O deslocamento do exercício do poder político das esferas tradicionais para o campo econômico, característica da pós-democracia, traz a necessidade de questionamento de medidas que, aparentemente⁴, são impostas pelo Estado. Em face desse cenário, as decisões não emanam de onde parece e o subcidadão⁵ fica à mercê da assimetria da informação e da falácia de consensos (FREITAS, 2019, p. 156), o que contribui para a paralisação de resistências frente ao poder econômico, representado principalmente pelo mercado financeiro. E é dele que tendem a emanar as decisões do poder público e, nesses casos, cada vez mais, elas chocam com os direitos fundamentais do cidadão.

Nesse contexto, o agronegócio, setor que movimenta bilhões de reais, responsável por uma grande fatia do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, tem a participação nos rumos do Estado, nas políticas públicas e nas decisões dos próprios cidadãos.

O direito à alimentação saudável sofre a influência direta da política de desenvolvimento econômico tradicional, que prima pelas culturas tradicionais de alimentos, pelo fortalecimento dos grandes produtores e promove a cartelização da economia e a mercantilização da alimentação.

Nesse ponto, utiliza-se como referencial teórico Paulo Freire, cuja obra serve de orientação no sentido de que o homem, sujeito inacabado, em permanente evolução, tem a possibilidade de ser o agente modificador das tradicionais estruturas sociais, tendentes ao imobilismo e ao autoritarismo das classes dominantes. A sua obra considera a historicidade do homem, que é programado (não pré-determinado) para o aprendizado e para a evolução.

O referencial freireano empresta fôlego para que a pesquisa seja desenvolvida com a real esperança de que os dogmas e as estruturas tradicionais possam ser superados em prol da cidadania e da vida em suas diferentes formas. O seu marco também será o fio condutor da investigação sobre quais os ruídos têm atrasado essa viragem jurídica e social. Efetivamente, o cidadão precisa garantir a sua saúde e a sua alimentação, frente a um controle mercantil de grau elevado, incompatível com a proteção de tais direitos.

Busca-se aqui estabelecer um elo entre o direito à alimentação, a soberania alimentar, o desenvolvimento sustentável (dentro da perspectiva maior de desenvolvimento) e a participação direta do cidadão na produção alimentícia, partindo da premissa de que vivencia-se atualmente a era da pós-democracia, com todos os atributos que lhe são inerentes, entre os quais o advento da subcidadania, a crise da educação, o deslocamento de poder estatal para o mercado financeiro e para o monopólio da indústria.

⁴ Muitas medidas só aparentemente são tomadas pelos governantes, mas, em verdade, de fato, são ordenadas por quem detém o poder de barganha em face dos governantes, notadamente conglomerados econômicos, como a indústria armamentista, agroindústria, e instituições financeiras.

⁵ Por “subcidadão” tome-se como expressão símbolo do papel do cidadão na sociedade de risco global, em que já não mais participa da decisão dos rumos do estado, tarefa que fora usurpada pelo mercado. O cidadão necessita encontrar outros meios de exercer sua cidadania, que não mais os espaços tradicionais. Fala-se, assim, em uma subpolítica da sociedade mundial. (vide Ulrich Beck, em “A sociedade de risco global”.)

2 DIREITO À ALIMENTAÇÃO E SOBERANIA ALIMENTAR

A expressão *direito à alimentação* é plurissêmica. Denota direito fundamental (art. 6º, da Constituição Federal), direito humano (Art. XXV, da Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas) e sub-ramo do direito administrativo⁶.

Está imbricado com o direito à saúde, na medida em que sua qualidade, é pressuposto para uma vida digna e saudável. O consumo adequado de nutrientes, vitaminas e minerais e a ausência de consumo em excesso de determinados produtos, agrotóxicos e toxinas influenciam diretamente a manutenção da vida humana, a expectativa de vida e a qualidade desta.

Por *soberania alimentar* entende-se o direito de cada povo a prover sua própria alimentação, diminuindo a influência das grandes corporações, tratando o alimento como direito humano e não como mercadoria (COCA, 2016, p. 21).

A promoção da soberania alimentar visa estancar o controle capitalista do processo de alimentação da população. Esse controle se manifesta sob os vieses de *espaço* e de *tempo*: a) quanto ao *espaço*, verificamos o distanciamento entre produtores e consumidores. Um simples grão de milho tem passado da lavoura, para um laboratório, para retornar à lavoura (com modificações genéticas), para ser enviado pelos meios de transportes (caminhões e navios) a indústrias, que novamente os enviará para outros meios de transporte, agora embalado ou enlatado, para que finalmente chegue à mesa do consumidor; b) quanto ao viés *tempo*, representa as etapas de evolução dos chamados *regimes alimentares*, que são os momentos históricos que o consumo alimentar percorreu e que podem ser resumidos em três fases.

Numa primeira fase verifica-se o abastecimento do centro industrial europeu pelas colônias americanas e africanas; na segunda fase verifica-se a Revolução Verde, que representou a modernização das técnicas agrícolas especialmente na América do Norte; por fim, numa terceira fase, resultado das duas primeiras, verifica-se a consolidação do poder econômico por grandes corporações da indústria alimentícia (COCA, 2016, p. 38).

Os três regimes promoveram a exclusão social e a miséria, cada um à sua maneira. Desde a utilização da mão de obra escrava até a formação de um exército de miseráveis, com a especulação financeira voltada à mercantilização dos alimentos. Cada uma dessas fases representou um degrau na caminhada rumo à perda da soberania alimentar e ao empobrecimento de uma parcela da população, em níveis locais e globais.

A terceira fase, especificamente, pode ser apontada como a que se vivencia atualmente. Foi iniciada pela produção em série que, padronizada que é, gerou a necessidade de padronizar pessoas e hábitos. Coube aos meios de comunicação de massa a tarefa de tornar obsoletos os estilos de vida ameaçadores do capitalismo. Essa estratégia industrial afetou diretamente o direito à alimentação saudável.

O sistema inaugurado pelo capitalismo industrial, consistente na produção em série de bens para a venda no mercado – o que exige a padronização dos hábitos de consumo do conjunto da população –, provocou em pouco tempo a transformação da estrutura tradicional das sociedades. Até os tempos modernos, as sociedades eram compostas de múltiplos grupos diversificados, cujo âmbito de comunicação era limitado no espaço, mas apresentava sempre um forte conteúdo humano.

Com o aproveitamento capitalista da Revolução Industrial, surgiu, por assim dizer, uma sociedade compacta, não mais parcelada em pequenos grupos, mas constituída por uma enorme massa de indivíduos indiferenciados, que se ignoram mutuamente. Nas grandes metrópoles do mundo contemporâneo, como salientou o sociólogo norte-americano

⁶ Segundo Amaury Haruo Mori, não é pacífica a questão de saber se o Direito da Alimentação constitui um ramo autônomo do Direito Público ou se será um sub-ramo do Direito Administrativo (“O Direito Administrativo da Alimentação como restrição protetiva de direitos fundamentais: o caso do sal”, na obra “Direito à Alimentação e Segurança Alimentar” – org. Helena Telino Neves. Curitiba: Juruá, 2017. p. 15)

David Riesman em obra que marcou época, passou-se a viver o fenômeno, jamais ocorrido no passado, de “multidões solitárias”, nas quais os indivíduos são absorvidos, como se fossem átomos iguais de uma mesma macrocélula (COMPARATO, 2014, p. 203).

O controle capitalista do processo alimentar pode ser representado por situações do cotidiano: há algumas décadas, não se cogitaria em pagar para consumir água, item básico para a sobrevivência humana e de existência abundante na natureza. Hoje incorpora-se a compra de água como algo natural para a nossa cultura. Encontra-se também à disposição para venda nos supermercados frutas descascadas e embaladas, como banana e tangerina, além de refeições completas, como cozidos de carne e arroz, embalados a vácuo com inúmeros conservantes e produtos químicos que estendem a data de validade dos produtos por meses ou anos.

Sustentabilidade e decrescimento são dois movimentos que se sucedem, e que se complementam. A sustentabilidade está ligada à ideia de preservação do ecossistema e promoção de uma vida equilibrada com este, de forma a garantir às futuras gerações as mesmas possibilidades de fruição que as presentes. Considera-se o decrescimento um movimento posterior, complementar à sustentabilidade, pelo qual a sociedade deve promover uma viragem estrutural nos paradigmas do estilo de vida, na produção e no consumo, de modo a descolonizar o nosso imaginário quanto aos conceitos de desenvolvimento e de qualidade de vida (HULSE, 2017, p. 9).

Ao mencionar-se o desenvolvimento sustentável, conectado à ideia de soberania alimentar, é preciso esclarecer o termo *desenvolvimento*, ainda que este não seja o objeto de investigação proposto no presente artigo. Já vigorou a ideia de que o desenvolvimento de determinado país poderia ser averiguado através da análise de um índice econômico, qual seja, o índice do Produto Interno Bruto – PIB. Porém, tal medida foi sendo abandonada em razão da verificação de que o mesmo não era capaz de aferir a realidade inteira do processo de desenvolvimento.

Sobre isso, Calixto Salomão Filho (2008, p. 19) entende que o desenvolvimento deve ser encarado como um processo, composto por várias fases, distinguindo-se do mero *crescimento econômico*. Distinguindo *desenvolvimento* e *crescimento*, Fabio Nusdeo (2002, p.17) menciona:

[...] O que varia, num caso e no outro, é que no primeiro, *desenvolvimento*, o crescimento daquela grandeza faz-se concomitantemente com profundas alterações em toda a estrutura do país envolvido, por trazer como consequências uma série enorme de modificações de ordem não apenas econômica, mas também cultural, psicológica e social. São essas questões que respondem pela sustentabilidade do processo [...].

O processo de desenvolvimento de um Estado é muito mais abrangente do que o simples crescimento econômico. Nesse sentido, Calixto Salomão Filho (2008, p. 19) compreende o desenvolvimento como “um processo de autoconhecimento da sociedade”.

A contribuição de Amartya Sen (2000) para a evolução do entendimento sobre o que vem a ser desenvolvimento deve ser destacada, em razão da relação direta entre desenvolvimento e a concretização das chamadas liberdades substantivas dos agentes, tais como a liberdade de participação política, a oportunidade de receber educação básica ou assistência médica, etc. Desta forma, Sen distancia a análise do desenvolvimento das questões meramente econômicas.

Esse entendimento, embasado no que entende Sen sobre desenvolvimento, afasta o processo das análises estritamente econômicas e conseqüentemente o aparta do referencial Produto Interno Bruto (PIB). Vale mencionar que Sen foi um dos colaboradores para a criação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), índice sustentado pela análise das condições humanas de determinado país, portanto, mais próximo do que se entende por desenvolvimento, embora não consiga abranger todas as fases do fenômeno.

Se a sustentabilidade é uma tentativa de aproximar o sistema capitalista dos caracteres ambientalistas, especialmente quanto à proteção às futuras gerações, o decrescimento é um movimento que visa refundar o próprio sistema, remodelando a própria noção de vida.

A sustentabilidade está inserida em nossa ordem jurídica e, segundo Juarez Freitas (2019, p.55):

[...] é o princípio constitucional que determina com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador ético e eficiente, para assegurar no presente e no futuro o direito ao bem-estar.

Já o *decrescimento* pode ser visto como um degrau além da sustentabilidade. Tem como principal objetivo o abandono do crescimento pelo crescimento, ou seja, do crescimento voltado para o lucro e a acumulação de capital por uma minoria concentradora de riqueza (FERNANDES, 2017, p. 6).

Entre as suas principais metas está a diminuição do consumo de modo que se viva melhor e com maior qualidade. Parte da premissa de que o bem-viver não está na dependência da aquisição de bens e no acumular de capital. Para o decrescimento, essa mentalidade conduz a um materialismo infértil, que destrói o ecossistema e descaracteriza a vida em si mesma, uma vez que mercantiliza a nossa própria existência.

Tanto o desenvolvimento sustentável quanto o decrescimento podem ser identificados no texto constitucional. O decrescimento, apesar de não expresso, encontra seu conteúdo na própria noção de dignidade humana, na valorização do trabalho, no direito à vida e à saúde.

A noção de decrescimento diz com os valores que a própria noção de dignidade humana pressupõe, de forma que, respeitada esta, automaticamente estará em prática a noção de decrescimento. Conforme afirmado, o decrescimento visa refundar o pensamento tradicional dominante e reinterpretar o sentido de desenvolvimento.

Segundo Latouchen (2006, p. 5):

A sociedade de crescimento, por sua vez, também não é desejável por pelo menos três razões: ela causa um aumento das desigualdades e das injustiças, cria um bem-estar muito ilusório, não proporciona nem mesmo para os “abastados” uma sociedade convivial e sim uma anti-sociedade doente por causa de sua riqueza.

Com base nessas sutis, mas importantes, diferenças entre sustentabilidade e decrescimento, torna-se necessário analisar se a retomada da soberania alimentar tende a se moldar melhor à noção de uma ou de outra. Conforme afirmado, o decrescimento é uma evolução do conceito da sustentabilidade. Pressupõe uma viragem de paradigmas, isto é, a descolonização dos pré-conceitos da sociedade sobre desenvolvimento e bem-estar.

Dado que o distanciamento do consumidor em relação ao seu alimento é fruto do interesse mercantil e da especulação financeira, pode-se afirmar que está imbricado com a noção tradicional de desenvolvimento e com o pensamento econômico dominante. Para a retomada da soberania alimentar, portanto, não basta uma readequação do sistema capitalista com nossos hábitos alimentares (para o que se moldaria a noção de desenvolvimento sustentável). Isto porque a mercantilização da alimentação depende exatamente de não se possuir os próprios e originais hábitos alimentares.

Aqui está a chave para concluir que a retomada da soberania alimentar está muito mais conectada com o decrescimento do que com a sustentabilidade. O desenvolvimento sustentável dá créditos ao próprio sistema capitalista para que ele se adapte às nossas “novas”

necessidades. Já o decrescimento, com razão, pressupõe o entendimento de que o sistema vigente é incapaz de promover essa adaptação.

Com isto não se pretende afirmar que ele se contrapõe à sustentabilidade, pelo contrário: tal como visto, o decrescimento é a evolução (e não a superação) da ideia de sustentabilidade.

Símbolo da necessidade de refundação de paradigmas são os grandes interesses por detrás da mercantilização da alimentação: não só a indústria, mas a especulação financeira, representada pelas bolsas de valores, são responsáveis pela perda da soberania nas escolhas e hábitos alimentares, além de gerarem fome e miséria, próprios de um regime econômico parasitário.

Segundo Comparatto, a febre especulativa é responsável pelas crises e bolhas econômicas e está presente no setor agrícola:

Seus preços, inflados pela especulação internacional, aumentaram sem cessar desde o início do século XXI. Segundo estimativas da FAO – Agência das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, em razão do crescimento descomunal dos preços dos produtos agrícolas, o número de pessoas subnutridas no mundo aumentou em 40 milhões, somente em 2008. Na verdade, na origem de todos esses desastres esteve a especulação desenfreada (COMPARATO, 2014, p. 264).

Verificando a magnitude da situação e percebendo o significado desse *status* atual da indústria alimentícia, conclui-se que a mudança de paradigmas para a promoção de escolhas e para uma cultura emancipadora não se podem restringir a ações isoladas. É necessário que essa promoção tenha origem em ações políticas, de magnitude estatal, e não apenas com ações individuais de uma pequena minoria engajada.

O discurso da mudança de hábitos num âmbito individual, promovido por entidades governamentais, e até por empresas, pouco tem de efetivo, representando muitas vezes uma mera cortina de fumaça.

Visam, por vezes, promover a ideia de que algo está sendo feito, de que sociedade, a empresa e o Estado já estão cientes e colaborando para um desenvolvimento sustentável, e até atuando pela concretização do direito à vida digna e à saúde. Enquanto isso, o Estado segue promovendo as suas ações desenvolvimentistas tradicionais, visando o crescimento do PIB para alavancar a visibilidade da nação, torná-la símbolo do poder econômico frente às grandes economias mundiais e às empresas.

Num estudo sobre as projeções do agronegócio no Brasil, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) indicou que entre os objetivos daquela pesquisa estava a “indicação de direções do desenvolvimento para os principais produtos do agronegócio” e “estruturar visões de futuro do agronegócio no contexto mundial para que o país continue crescendo e conquistando novos mercados” (BRASIL, 2018).

Verifica-se que o discurso oficial do governo se baseia na falácia do consenso, mencionada por Juarez Freitas: segundo o autor, por meio de um “falso consenso”, busca-se dar suporte à decisão irracional. Por vezes, o consenso (falsamente criado pela repetição de falácias) nada mais é do que resultante da submissão à dominação de interesses especiais (interesses de quem tem o poder econômico e de quem impõe a ideia de que sobre determinado tema há um consenso) (FREITAS, 2019, p. 156).

Verifica-se no estudo do MAPA que o pressuposto das pesquisas realizadas sobre o agronegócio é a “necessidade de expansão de mercado” sem nenhuma ressalva: não encontramos naquele estudo nenhum contraponto com a necessidade de preservação ambiental e dos ecossistemas, muito menos com a necessidade de novos paradigmas sobre o bem-viver.

O primordial, segundo o estudo do governo, é a expansão do mercado. Eis o cenário apontado pelo governo:

O ano de 2017 foi excepcional para a agricultura brasileira. O país teve uma produção recorde de grãos alcançando 237,6 milhões de toneladas para uma área plantada de 61,0 milhões de hectares. Outro resultado positivo foi o crescimento do PIB agropecuário de 13,0% no ano, enquanto o PIB da economia foi de 1,0%. Este ano não deve repetir os resultados de 2017, mas as informações divulgadas pelo IBGE mostram que o PIB acumulado nos últimos 4 trimestres deste ano cresceu 1,3% enquanto a agropecuária teve aumento de 6,1%, Indústria 0,6% e Serviços, 1,0% (trimestres acumulados iniciando em abril de 2017 até março de 2018). A safra de grãos 2017/18, divulgada em julho pela CONAB, 228,5 milhões de toneladas, e IBGE, 227,9 milhões de toneladas está pouco abaixo da obtida em 2017, 237,7 milhões de toneladas, segundo a CONAB e 240,6 milhões conforme o IBGE (BRASIL, 2018).

Apesar do discurso oficial do governo, sabe-se que o desenvolvimento sustentável e, principalmente o decrescimento, são incompatíveis com a lógica desenvolvimentista tradicional e com a simplória busca pelo crescimento do PIB.

3 O PAPEL DA EDUCAÇÃO PARA MUDANÇA DE PARADIGMAS

Para uma real mudança de paradigmas necessária à promoção do decrescimento, é necessária uma educação emancipadora, no sentido de que é necessário o afastamento do modelo tradicional de educação, que está voltado para o sucesso financeiro e para a acumulação de capital.

É preciso promover uma educação que desenvolva a potencialidade máxima do ser humano em todas as suas facetas. Deve-se abandonar a promoção do homem unidimensional, voltado apenas para o progresso econômico. É preciso desenvolver as pessoas e as suas ilimitadas capacidades em prol do bem-viver, tendo como pressuposto o equilíbrio com o ecossistema e os novos paradigmas biocêntricos.

Essa educação emancipadora faz com que o ser humano perceba sua integração no mundo, e não que o mundo lhe pertence. Isto é, permite que perceba que faz parte do próprio ecossistema e que o desenvolvimento humano, em vez do progresso material, irá manter o equilíbrio da biosfera e permitir que as presentes e futuras gerações tenham acesso a uma vida digna e ao seu próprio desenvolvimento emancipador.

Em seu estudo sobre sustentabilidade, Juarez Freitas analisa a educação em alguns aspectos que se entende aplicável para a cultura do decrescimento. Segundo o jurista, a sustentabilidade (e também o decrescimento) pressupõe a transformação de hábitos mentais, para uma educação de qualidade, que é a que estimula o ser humano a abraçar a competência ecológica, e não a trágica sina dos *ecocidas*. Para ele, a educação só terá esse condão se i) for inclusiva e equitativa e ii) deixar de servir ao singelo incremento da produtividade material (FREITAS, 2019, p. 185).

Para tanto, é necessária uma educação para a causalidade de longo espectro, o que significa obter a compreensão de que as condutas humanas são peças na engrenagem evolutiva, com efeitos que se propagam até depois de nossas vidas. Além disso, é necessária uma educação para a pluridimensionalidade do bem-estar, com a composição das competências e das múltiplas dimensões do ser humano (ética, social, econômica, ambiental e jurídico-política) (FREITAS, 2019, p. 188).

Nesse sentido, reporta-se também ao pensamento *freireano*, pelo qual o conhecimento (e a prática educativa, como enfatiza o educador) é algo a ser desenvolvido a partir das noções até então concebidas. Traduz a ideia de que não é ético que fiquemos circundando as estruturas

postas sem buscar desenvolvê-las ou mesmo superá-las. Ainda mais quando o objeto científico está atrelado à manutenção do poder das classes dominantes (FREIRE, 2015).

Uma educação mercantilizada e padronizada, portanto, choca totalmente com a educação para o desenvolvimento sustentável e para o decrescimento.

Além da educação emancipadora é necessária uma transição entre o sistema atual e o decrescimento. Para isso, é importante que adotemos o chamado *decrescimento administrado*, com a realocação de profissionais, funções, atividades e empregos em áreas que ajudem a progressão dessa nova cultura. A administração do decrescimento visa promover a absorção de impactos imediatos proporcionados pela mudança de paradigmas.

Essa administração dar-se-á com a participação direta do cidadão, a quem competirá produzir alimentos e educar para o bem-viver. A associação de pessoas por meio de cooperativas, a adoção de moedas sociais são alguns exemplos de mecanismos em prol do decrescimento administrado, os quais só poderão se consolidar com uma nova perspectiva educacional.

4 RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE INICIATIVA FACE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE E À VIDA

O Direito à alimentação provoca uma restrição protetiva de direitos fundamentais, especificamente os ligados à liberdade econômica. A produção e a destinação à venda de produtos nocivos ou potencialmente nocivos à saúde humana violam o direito à vida, especificamente o direito à saúde, à alimentação saudável e à segurança alimentar e nutricional.

A segurança alimentar e nutricional é a realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis, segundo definição aprovada na II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, realizada em Olinda, em 2004. Essa definição, além de englobar a proteção à vida e à saúde, também encerra a proteção ao ecossistema e a sustentabilidade.

Para garantir tais direitos, é perfeitamente lícita e proporcional a restrição à livre iniciativa e a proibição da produção e do comércio de determinados produtos e alimentos. Nada mais elementar para uma ordem jurídica minimamente comprometida com os direitos humanos do que priorizar a vida à circulação de riquezas e à concentração de capital. A ordem jurídica só se justifica na medida em que seu vetor fundamental seja protegido, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Portugal publicou a Lei n. 75/2009, que restringe o consumo de sal na produção de alimentos. Tal norma pode ser reconhecida como restrição protetiva de direitos fundamentais (NEVES, 2017, p. 59).

O Brasil não adota uma legislação federal nesse sentido, embora algumas leis municipais tenham restringido a disponibilização do sal em mesas de bares e restaurantes. Tal medida não nos parece das mais efetivas, já que o sal continua a ser utilizado nesses restaurantes e principalmente nos produtos industrializados.

Verifica-se na cultura brasileira um superdimensionamento da cultura do prazer e do imediatismo, um hedonismo que se reflete nos hábitos alimentares e na saúde pública. Nesse sentido, o consumo de carne, gordura e sal em excesso estão associados aos hábitos do brasileiro, razão pela qual, podemos falar em um hedonismo gastronômico que gera doenças e leva à morte.

Uma das formas de resistência a esse cenário é a diminuição (até a cessação) do consumo de carne. Trata-se de alimento dispensável à saúde humana, podendo ser substituído por inúmeros outros alimentos de origem vegetal, como legumes e castanhas, que contém vitaminas e proteínas presentes na carne.

O consumo de carne é cultural, sustentado e promovido pela indústria, pelos grandes produtores e pelos meios de comunicação de massa, todos interessados nos lucros bilionários do setor.

Os estudos acerca dos malefícios dessa cultura são alarmantes: as pesquisas apontam para 21% o aumento no risco de câncer de cólon e do reto com o consumo de 50g/dia de carne processada e 15% de aumento no risco com o consumo de 50g de carne vermelha/dia. Ao consumo de 100 g/dia de carne vermelha foi associado o aumento de 27% no risco de câncer de cólon e do reto; e 50g/dia de carne processada foi associado com aumento do risco desse câncer em 29%. Além disso, está associado a elevado risco de doenças crônicas (cardiovasculares, infarto, diabetes tipo 2, obesidade e câncer) (CARVALHO, 2016, p. 16).

Segundo Aline Martins Carvalho, na sua tese pela USP, as carnes vermelhas (carne de boi e porco) processadas (carnes curadas, salgadas, fermentadas, defumadas ou com adição de conservantes ou flavorizantes) são as que se mostram mais associadas a estas doenças (CARVALHO, 2016, p. 16).

5 NOVO PARADIGMA BIOCÊNTRICO: ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITO A PARTIR DO RECURSO ESPECIAL N. 1797175-SP

O ordenamento jurídico brasileiro ainda é impregnado pelos valores desenvolvimentistas tradicionais. Apesar das previsões constitucionais tendentes a promoção da sustentabilidade e do equilíbrio ambiental, predomina a valorização da livre iniciativa pelos tribunais e pela legislação infraconstitucional.

Nesse aspecto em específico, o país está muito aquém de países como a Bolívia, que adotam valores biocêntricos e reconhecem componentes do ecossistema como sujeitos de direito. A Constituição da Bolívia reconhece expressamente a “Pacha-mama”, ou “mãe terra”, como sujeito de direito a ser protegido e preservado, não apenas como um habitat ou instrumento útil à vida humana.

Em maio de 2019, porém, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.797175-SP, proferiu decisão paradigma, adotando valores biocêntricos, ao considerar os animais como sujeitos de direito. Na decisão, o Ministro Og Fernandes considerou que a devolução de um animal silvestre em idade já avançada ao seu habitat natural, com afastamento da sua dona e inserção no ambiente selvagem, ao qual dificilmente se adaptaria, traria mais prejuízos do que benefícios para ele.

Neste sentido, foi tido em consideração de que é necessário evoluir para além do conceito kantiano, pelo qual o ser humano não pode ser visto como um simples meio (objeto), mas tomado como um fim em si mesmo (sujeito) em qualquer relação. Para além desse conceito, deve-se considerar o homem como parte de algo maior, que é o planeta. Ou seja, requer-se a evolução do conceito meramente antropocêntrico para que se estabeleça uma visão biocêntrica, de modo a reconhecer que o meio ambiente e os animais não-humanos possuem a titularidade de direitos e de valor próprio.

Não se trata de desprezar o conceito kantiano, mas de considerá-lo importante e necessário para sua época e utilizá-lo em evolução.

Essa mudança de paradigmas, em maior ou menor grau, é similar a outras já enfrentadas no Brasil e no mundo, tais como o holocausto dos nativos e a escravização humana, holocausto nazista, *apartheid* racial, a consideração das crianças como objeto e não como sujeito de direitos, a instituição de direitos da personalidade às pessoas jurídicas, a situação da mulher como verdadeira propriedade do marido, sem direito de voto e sujeita à tutela do cônjuge, entre outras.

Segundo Luiz Marques, para reduzir em prazos adequados o impacto humano sobre o meio ambiente é necessário o abandono do consumo de carne ou, ao menos, reduzi-lo drasticamente (MARQUES, 2018). Esse abandono ou redução tornou-se menos distante após a decisão paradigma do STJ, ao atribuir aos animais a qualificação de sujeito de direitos.

Atualmente a degradação ambiental está fortemente ligada à pecuária. As emissões de gás metano pelos dejetos dos animais de produção correspondem a mais de metade do total de gases do efeito estufa emitido no planeta. Além disso, mais da metade dos grãos produzidos no mundo são para a alimentação dos rebanhos. Essa produção causa desmatamento e sequelas tão nefastas ao meio ambiente quanto às emissões de gases.

Neste contexto, a promoção do decrescimento nessa atividade traria enormes benefícios ao ecossistema e à vida humana e, para isso, a cultura do consumo da carne é um difícil paradigma a ser superado. No entanto, com a decisão do STJ, o Brasil deu um importante passo nesse sentido.

Atribui-se esse ruído a alguns fatores que dão complexidade ao presente cenário, como a formatação atual do sistema educacional e o monopólio dos meios de comunicação de massa, responsáveis por promover um consenso social em redor do consumismo e há formação de um homem unidimensional, desprovido de senso crítico coletivo. Ressalta-se novamente nesse ponto a necessidade de reestruturação da educação por forma a torná-la emancipadora e promotora da modificação de paradigmas.

6 CONCLUSÃO

O direito à alimentação não tem sido respeitado na sua plenitude, já que o cidadão não exerce a soberania alimentar que lhe seria inerente. Em vez de produtor, o homem transformou-se em consumidor e, mais do que isso, refém da mercantilização dos alimentos e do mercado financeiro.

O discurso desenvolvimentista tradicional promove esse *status*, sendo respaldado não só pela grande indústria, mas pela falácia de um consenso que emana do próprio Estado. Os próprios governos promovem um regime explorador que exclui, empobrece e afasta o cidadão do exercício da soberania alimentar.

Nesse passo, a sustentabilidade e o decrescimento surgem como resistência a esse cenário. Analisando-se alguns pontos da sociedade brasileira, verifica-se uma tendente aptidão para a promoção do decrescimento. É o que se verifica analisada a cultura cristã, alicerce religioso desde o período colonial.

Mas as possíveis tendências sociais positivas não têm logrado êxito frente ao grande movimento mercantil-financeiro e a limitações como os da educação tradicional, voltada para a lógica de mercado e de sucesso financeiro.

A naturalização de determinadas práticas como a do consumo excessivo de carne, gera um ciclo vicioso nocivo ao ecossistema e à saúde humana. O carnismo, prática nociva ao ser humano e a todo o meio ambiente, promovida pelo mercado, no entanto, tende a sofrer um revés caso os tribunais e o legislador passem a incorporar no ordenamento jurídico os animais

como sujeitos de direito, conforme a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em maio de 2019.

Algumas práticas isoladas, ainda, surgem no meio deste cenário, exemplificando possíveis formas de superação desse *status* de mercantilização da alimentação e da vida humana: o cooperativismo parece ser uma das chaves nesse sentido. Foi o que a experiência do Movimento dos Sem Terra demonstrou, tornando-se o maior produtor de arroz ecológico da América Latina, com práticas inclusivas e de respeito ao ecossistema.

Não se verifica outro modo de resistir e resgatar a soberania alimentar e de obter a emancipação do cidadão que não subvertendo esses paradigmas e, ainda, promovendo a educação libertadora.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Projeções do Agronegócio: Brasil 2017/18 a 2027/28** projeções de longo prazo / Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Secretaria de Política Agrícola. – Brasília : MAPA/ACE, 2018. Disponível em: < http://www.agricultura.gov.br/assuntos/politica-agricola/todas-publicacoes-de-politica-agricola/projecoes-do-agronegocio/banner_site-03-03-1.png/view>. Acesso em: 04 dez. 2019.

CARVALHO, Aline Martins. **Consumo de carnes e aminas heterocíclicas como fatores de risco para o câncer**. 2016. 81 f. Tese (Doutorado em Ciências). Programa de Pós-Graduação em Nutrição e Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

COCA, Estevan Leopoldo de Freitas. **Soberania alimentar através do estado e da sociedade civil: o programa de aquisição de alimentos (PAA), no Brasil e a rede farm to cafeteria Canada (F2CC), no Canadá**. 2016. 357 f. UNESP. Tese (Doutorado em Geografia). Faculdade de Ciências e Tecnologia, Universidade Estadual Paulista, Presidente Prudente, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERNANDES, Sandra Beatriz Vicenci; UHDE, Leonir Terezinha. Sustentabilidade, Decrescimento, Bem Viver. **Salão do Conhecimento**, [S.l.], set. 2017. ISSN 2318-2385. Disponível em: <<https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/7856>>. Acesso em: 4 dez 2019.

FREIRE, Paulo. **Política e educação** (org. Ana Maria de Araújo Freire). 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 66. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

HULSE, Levi. O decrescimento como saída da crise. **Revista Humus**, São Luís, v. 7, n. 19, 2017, 185-196. Disponível em: < <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/7014/4431>>. Acesso em: 4 dez 2019.

LATOUCHE, Serge. O decrescimento como condição de uma sociedade convivial. **Cadernos IHU**, Instituto Humanitas Unisinos: São Leopoldo: UNISINOS, Ano 4 - nº 56 - 2006 - 1679-0316.

MARQUES, Luiz. **Decrescimento**: uma perspectiva de esquerda sobre as crises socioambientais. 2018. Disponível em:< <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/luiz-marques/decrescimento-uma-perspectiva-de-esquerda-sobre-criSES-socioambientais-i>>. Acesso em: 4 dez 2019.

SALOMÃO FILHO. Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 19.

UNESP; Brasília: NEAD, 2010.

NEVES, Helena Telino (coord.). **Direito à alimentação e segurança alimentar**. Curitiba: Juruá, 2017.

NUSDEO, Fabio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17.

SALOMÃO FILHO. Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 19.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

CORE CRIMES OU AS VIOLAÇÕES MAIS GRAVES AOS
DIREITOS HUMANOS: A NEGAÇÃO AOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA
LÍGIA MARIA LARIO FRUCTUOZO

CORE CRIMES OU AS VIOLAÇÕES MAIS GRAVES AOS DIREITOS HUMANOS: A NEGAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

CORE CRIMES OR THE MOST SERIOUS VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS: THE DISCLAIMER OF PERSONALITY RIGHTS

Recebido: 07/05/2020
Aprovado: 26/06/2020

Dirceu Pereira Siqueira¹
Lígia Maria Lario Fructuozo²

RESUMO:

O presente trabalho científico tem o intuito de realizar uma breve análise sobre o chamado *core crimes*, que constituem os crimes tipificados no Estatuto de Roma, instrumento fundante do Tribunal Penal Internacional. Abordará de maneira concisa o processo de criação deste órgão, destacando seu caráter permanente e complementar. Após, serão analisados os crimes previstos no rol do Estatuto de Roma, quais sejam: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. Neste contexto, será examinado, ao final, a ausência do crime de terrorismo no rol dos crimes de competência do TPI, evidenciando como poderão ser condenados os indivíduos acusados de perpetrarem este crime igualmente bárbaro visando a total proteção da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Tribunal Penal Internacional. Crime de Genocídio. Crime contra a Humanidade. Crime de Guerra. Crime de Agressão.

ABSTRACT:

This scientific work intends to carry out a brief analysis on the so-called core crimes, which constitute the crimes typified in the Rome Statute, founding instrument of the International Criminal Court. It will approach in a concise way the process of creation of this organ, emphasizing its permanent and complementary character. Afterwards, the crimes included in the Rome Statute will be analyzed, such as crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and crimes of aggression. In this context, it will be examined, in the end, the absence of the crime of terrorism in the list of crimes within the competence of the ICC, showing how individuals accused of perpetrating this equally barbarous crime can be condemned for the total protection of the dignity of the human person.

Keywords: Human Rights. International Criminal Court. Crime of Genocide. Crime against Humanity. War Crime. Crime of Agression.

¹ Coordenador e Professor Permanente do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu (Doutorado e Mestrado) em Direito no Centro Universitário de Maringá - PR (UniCesumar); Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Séc. XX da Universidade de Coimbra, área de concentração em "Democracia e Direitos Humanos", sob orientação do Prof. Doutor Jónatas Eduardo Machado (2014); Doutor (2013) e Mestre (2008) em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru; Especialista (2006) Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP); Graduado em Direito (2002) pelo Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP). E-mail: dpsiqueira@uol.com.br

² Mestranda em Ciências Jurídicas pela Unicesumar, Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (2014) e graduada em Direito também pela Toledo Prudente. Advogada. DOCENTE e Supervisora de Prática Profissional no Escritório de Aplicação de Assuntos Jurídicos da Toledo Presidente Prudente. E-mail: ligiamaria13@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo demonstrar a importância do Tribunal Penal Internacional enquanto instrumento de efetivação da proteção internacional dos direitos humanos, em especial a dignidade da pessoa humana.

É certo que o Tribunal Penal Internacional representa um grande avanço na agenda internacional de proteção dos direitos humanos, ressaltado por seu caráter permanente e complementar na busca de uma efetiva justiça universal, com competência para julgar pessoas que tenham cometido graves atentados, independente da posição ou cargo que estas ocupem nos países signatários.

Inicialmente, de forma breve, este artigo relatou o contexto de criação do TPI e como algumas condutas passaram a ser tipificadas como crimes internacionais. A seguir, se aprofundou em cada um dos crimes previstos no Estatuto de Roma, a saber: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

Tais delitos representam as violações mais graves aos direitos humanos e são denominados de *core crimes*. Por fim foi realizada uma breve análise no fato de o crime de terrorismo não estar previsto no rol dos crimes do Estatuto de Roma, quais as motivações para tal ocorrência e de que forma os acusados desta conduta poderão ser punidos.

Neste contexto, o assunto é atual, relevante para o mundo jurídico e objetiva levantar questões gerais, aprofundando o estudo do direito internacional dos direitos humanos e contribuir para o debate com a intenção de solidificar a proteção internacional da dignidade da pessoa humana.

O trabalho visa, ainda, despertar o interesse e ascender o debate sobre o tema, sendo importante mencionar que a pesquisa mais aprofundada sobre alguns aspectos não pôde ser realizada, tendo em vista a limitação temporal e material. Durante a análise destas questões foi utilizado o método analítico-dedutivo, prevalecendo um ponto de vista crítico e dialético sobre os fatos.

O presente trabalho foi elaborado com base numa consulta bibliográfica e documental, com doutrinas nacionais e internacionais. Foram utilizados na pesquisa, ainda, os tratados internacionais, documentos das Nações Unidas, do Tribunal Penal Internacional, artigos de revistas, físicos e eletrônicos, reportagens, filmes, documentários, entre outros.

2 A APROVAÇÃO E ENTRADA EM VIGOR DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Antes da criação do Tribunal Penal Internacional, a ausência de uma instituição permanente, com abrangência internacional para julgar pessoas responsáveis pela perpetração dos crimes mais graves contra toda a humanidade era sentida desde há muito tempo. No decorrer do século XX o mundo assistiu ao que se pode chamar de verdadeira catástrofe no que diz respeito à violações dos direitos humanos e fundamentais do homem.

Em toda história da humanidade, houve guerras e disputas por territórios, marcando as conquistas dos grandes impérios. No entanto, com o avanço da tecnologia surgiram novas formas de matar, agredir, torturar, impedir e denegar os direitos humanos, o que fere diretamente a dignidade das pessoas. Por este motivo, houve a necessidade de se criar novos mecanismos para a proteção destes direitos e punição dos indivíduos que perpetrassem esses crimes.

Após a Segunda Guerra Mundial foi criado, como resposta às atrocidades cometidas pelos alemães, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e o Tribunal Militar Internacional

para o Extremo Oriente, para julgar os criminosos na época do Japão Imperial. Estes tribunais sofreram diversas críticas, em especial contestando sua legitimidade por ter sido uma “justiça” imposta pelos países vitoriosos aos países que perderam o combate.

Surge o que a doutrina denominada de justiça transicional moderna, após 1945, tida como o grande triunfo da demonstração da política de transição implementada com o Tribunal de Nuremberg no direito internacional. (TEITEL, 2003, p.70).

Jon Elster (2004, p. 1) indica que a justiça de transição se caracteriza pelo processo de investigação, punição e reparação que assume lugar no período imediatamente após a conversão de um regime em outro, como ocorreu na Alemanha e no Japão. Tido pelo citado autor como um estudo empírico (2004, p. 80), esta persecução se propôs de modo a perseguir sempre três fundamentos básicos: (i) identificação da concepção de justiça, (ii) suas relações de causalidade mais relevantes e, também (iii) as consequências do impacto no comportamento futuro.

Posteriormente, na década de 1990, com os conflitos que eclodiram na antiga Iugoslávia e em Ruanda, o Conselho de Segurança das Nações Unidas criou tribunais *ad hoc* para estes países, os quais também não ficaram imunes às severas críticas. Contudo, após a criação dos tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, parecia haver um consenso mundial sobre as vantagens em se estabelecer um órgão com base permanente, instituído por meio de tratado internacional, com competência geral, não se limitando a um contexto geográfico ou situações específicas.

Também havia consenso no sentido de que a nova instituição deveria minimizar as discussões e polêmicas jurídicas, como as ocorridas anteriormente, bem como precisaria aumentar o grau de efetividade buscado pelo órgão. Por estas razões, após alguns anos de discussões, criação de comissões e comitês específicos para avaliar as condições e viabilidade de se instituir um organismo permanente, a Assembleia Geral das Nações Unidas decidiu criar o Tribunal Penal Internacional.

Deste modo, entre 15 de junho e 17 de julho de 1998, foi realizada a Conferência Diplomática de Plenipotenciários para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, na cidade de Roma, Itália. No dia 17 de julho de 1998, foi adotado o Estatuto de Roma, pelos países que participaram da Conferência, que teria sua sede em Haia, nos Países Baixos.

As sessenta ratificações necessárias para a entrada em vigor do Estatuto, nos termos do seu artigo 126.1, foram alcançadas em 11 de abril de 2002 e, no dia 1º de julho de 2002, entra oficialmente em vigor o Tratado de Roma sobre o Tribunal Penal Internacional, com 76 ratificações e 136 assinaturas (GORAIEB, 2012, p. 150).

As principais características desta instituição são a permanência e independência, de modo que, antes da Conferência de Roma, já se clamava pela criação de um tribunal permanente, o qual deveria ser também independente, justo, efetivo e imune a qualquer influência política. (BASSIOUNI, 1997, 22)

Como se sabe, atrocidades diversas e em inúmeros locais do globo nunca deixaram de ocorrer, mas houve uma mobilização muito grande para mudar a concepção clássica da responsabilidade internacional.

Num primeiro momento da evolução do Direito Internacional havia um regime de responsabilidade somente dos Estados, que seriam aplicados a todos os fatos internacionalmente ilícitos.

Com o passar dos anos e com o avanço do Direito Internacional, criou-se um consenso de que os crimes internacionais são aqueles que implicam em: violações às normas costumeiras internacionais, abrangendo também os tratados e convenções (que codificam ou contribuem na formação do direito consuetudinário); regras que tem como objetivo proteger valores

importantes internacionalmente e, por isso, obrigatórias a todos os Estados e indivíduos; existência de um interesse universal na prevenção e repressão destes crimes. Representam, assim, as infrações mais graves, aquelas que violam direitos humanos fundamentais (JANKOV, 2009, p. 57-59).

Depois de algumas discussões e posicionamentos contrários, o texto aprovado na Conferência de Roma, restringiu-se a quatro categorias, denominadas de *core crimes* e representam os delitos mais graves contra a dignidade da pessoa humana, de transcendência internacional, a saber: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão, os quais serão abordados especificamente a seguir.

3 O CRIME DE GENOCÍDIO

Desde tempos imemoriais a história relata massacres de povos. Tem-se notícia de ter ocorrido genocídios muito antes de Cristo, pois, no antigo Oriente, o povo que perdia a batalha tinha o destino da exterminação total. O Senado romano em 146 a.C., anunciou a sentença da devastação do povo e da cidade de Cartago. Roma, aliás, é conhecida por exterminar ou tentar exterminar civilizações inteiras de um território, como no caso dos cristãos contra os Édipos de Diocleciano entre 302 e 304 d.C..

Avançando na história constata-se a destruição de grupos inteiros por motivos de religião, como os judeus e principalmente os árabes, na época das Cruzadas, no período da Idade Média. Em 1572, a religião foi novamente motivo de extermínio dos huguenotes, na França, na popular noite de São Bartolomeu. Na Espanha ocorreu a matança de mouros, judeus e protestantes por parte dos reis católicos. A colonização europeia ao longo dos séculos massacrando populações indígenas inteiras na América e escravizou milhões incontáveis na Ásia e na África.

No entanto, o massacre dos povos fica mais evidente no século XX, nesse sentido:

O retrato mais nítido do genocídio de povos ocorre no Século XX: o massacre dos armênios pelos turcos; o extermínio dos judeus, ciganos e russos pelos alemães; a destruição de Hiroshima; a guerra do Vietnã; o genocídio na Argélia, em Ruanda e na ex-Iugoslávia; a fome em Biafra; e as lutas tribais na África (GORAIEB, 2012, p. 216).

Se por um lado o crime de genocídio é antigo, as normas jurídicas que o definem e o proíbem, são bem mais recentes. Tal paradoxo pode ser explicado pelo fato de que o genocídio, na maioria das vezes, é cometido sob a direção ou ao menos com o apoio do Governo do local em que é cometido.

O crime era, em regra, perpetrado de forma a mostrar abertamente a faceta da política do Estado no qual ocorria, particularmente no contexto de uma guerra de conquista ou de colonização. A persecução criminal nacional dos perpetradores era, assim, praticamente impensável, mesmo que estes não gozassem, tecnicamente, de algum tipo de imunidade de jurisdição. Apenas nos casos em que os regimes genocidas ruíram, como na Alemanha e em Ruanda, foi possível proceder à responsabilização dos criminosos (CRETELLA NETO, 2008, p. 327).

Durante a Segunda Guerra Mundial, um jurista polonês chamado Raphael Lemkin achou ser preciso encontrar um termo que substituísse as palavras “vandalismo” e “barbárie”, que fosse simples, mas que representasse a magnitude de seu significado. Chegou-se, assim, ao termo híbrido, unindo o vocábulo grego “*genos*” que significa raça, nação tribo, espécie, com o sufixo latino “*cidio*” que significa ato ou efeito de matar (POWER, 2004, p. 67-68).

Lemkin definiu o genocídio como “o conjunto de ações destinadas à destruição das bases essenciais para a vida de um grupo, orientadas por um plano de aniquilamento desse grupo” (CRETELLA NETO, 2008, p. 329). E assim, esta nova palavra passou a ser utilizada para definir uma prática antiga, porém, num contexto contemporâneo. Não há dúvidas de que o genocídio representa gravíssima ofensa à consciência humana. O ódio a determinados grupos minoritários e/ou mais fracos, constitui negação à igualdade entre seus membros, negação à unidade da espécie humana.

Constitui desprezo e desrespeito extremos à santidade da vida, representando séria ameaça à continuidade da raça humana. Ao destruir grupos inteiros de pessoas, nega-se-lhes o direito à existência enquanto grupo, da mesma forma que homicidas negam às suas vítimas o direito de viver. Priva a civilização humana de contribuições culturais, científicas e outras que esse grupo poderia oferecer, em benefício de toda a Humanidade (CRETELLA NETO, 2008, p. 329).

Nos estatutos dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio não foi tipificado o crime de genocídio, pois, sua definição só veio através da Convenção em 1948. Nessa época, o genocídio era tratado como espécie do gênero crimes contra a humanidade.

Por óbvio que o genocídio é um crime contra a humanidade, na medida em que afronta gravemente a consciência humana. Porém, o genocídio diferencia-se daquele crime por ser uma infração dirigida a grupos específicos de pessoas, ligada por etnia, religião, etc., enquanto os crimes contra a humanidade podem ser perpetrados contra diversos segmentos da população.

O conceito do crime de genocídio, que já estava bem definido, foi se reafirmando durante os anos e era considerado como crime internacional. Por isso, quando da aprovação do Estatuto de Roma, que instituiu o TPI, optou-se por não modificar a definição que já era reconhecida pelo Direito Internacional costumeiro. Assim, o artigo 6º do Estatuto do TPI tipificou o crime de genocídio de maneira idêntica à apresentada no artigo 2º da Convenção para Prevenção e Repressão para o Crime de Genocídio, de 1948, bem como nos estatutos dos tribunais penais internacionais para a ex-Iugoslávia (artigo 4º) e para Ruanda (artigo 5º).

Assim, dispõe o artigo 6º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional:

Artigo 6º Crime de Genocídio

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘genocídio’, qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticando com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) homicídio de membros do grupo;
- b) ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Nota-se, no entanto, que algumas pequenas alterações foram acertadamente feitas quando da aprovação do Estatuto, tais como: a substituição da palavra “assassinato” para “homicídio”, valorizando-a; foi trocada a expressão “dano” por “ofensa” (que é substantivo apropriado para se referir à vítima uma vez que “dano” é expressão ligada ao patrimônio); na letra *d* foi acrescentada a palavra “imposição”, tendo em vista a licitude de se adotar medidas de controle de natalidade (MAZZUOLI, 2009, p. 57-58).

O texto também não restringe o cometimento do crime às circunstâncias exteriores de paz ou de guerra, nem exige uma qualidade especial para seu autor que poderá ser uma autoridade, governante, político, funcionário público, oficial, ou um particular agindo em

conta própria. Da forma prevista, o crime de genocídio apresenta três elementos estruturais de seu tipo: um elemento material, um subjetivo e um destinatário ou vítima específica.

Com relação ao elemento material, o texto apresenta uma lista dos atos criminosos que servem de base à configuração do delito, ou seja, a conduta típica consiste na execução dos atos enumerados nas letras *a* a *e* do artigo 6º. O elemento subjetivo do injusto diz respeito à “intenção” de, ao praticar os atos descritos no artigo 6º do Estatuto, “destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal”. Trata-se de um delito intencional, portanto, para a configuração do crime, não é necessário que o autor alcance o resultado desejado. Basta que pratique algum dos elementos enumerados no artigo 6º, contra membros de um grupo, com a intenção de destruí-lo (GORAIEB, 2012, p. 223).

O último elemento do crime de genocídio refere-se à natureza do grupo, que deve ser: nacional, étnico, racial ou religioso. Estabelecer critérios objetivos para conceitos abertos como “raça”, “etnia” ou “religião” é tarefa trabalhosa e delicada. Nesta nova fase e nível mundial há um novo processo de transição em um patamar além dos níveis nacionais de jurisdição, integrando-se o processo político de conversão de um regime em outro a um organismo internacional jurisdicionado para que, a partir destes conceitos globais de proteção dos Direitos Humanos, se obtenha uma incursão da justiça internacional (MIGUENS, 2014, p. 233).

Por fim, um aspecto que também deverá ser levado em conta é o “contexto” em que o crime de genocídio foi praticado. E, em qualquer caso, se a caracterização de genocídio não se evidenciar, o crime contra a humanidade será muito facilmente constituído.

4 CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Na opinião de muitos juristas, o conceito de “crime contra a humanidade”, deriva da “Cláusula Martens”, inserida no Preâmbulo da IV Convenção de Haia, sobre Direitos e Costumes da Guerra Terrestre de 1907, a qual é repetida na I Convenção de Haia de 1899 e nas quatro Convenções de Genebra, de 1949. No entanto, importante mencionar que as referências à humanidade, que aparecem nestas Convenções não têm um sentido técnico, e sim dizem respeito aos “princípios da humanidade, interesses da humanidade e leis da humanidade” e, na realidade, indicam normas que se referem à condução das hostilidades, durante conflitos armados, pelas nações civilizadas (GORAIEB, 2012, p. 242).

Outra ocasião na qual a noção de crime contra a humanidade foi utilizada, remonta à declaração conjunta publicada em maio de 1915, emitida pela França, Grã-Bretanha e Rússia, onde denunciavam o massacre da população armênia, pelo governo Otomano, na Turquia. Dispõe que todos os membros do governo turco seriam responsabilizados pelos “crimes contra a humanidade e civilização”. Por sua vez, o Tratado de Versalhes, de 1919, também não incluiu esse crime em seu texto, tratando somente da perseguição de militares alemães por crimes de guerra (CRETELLA NETO, 2008, p. 343-344).

Depois das tentativas infrutíferas, após a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional concretiza a vontade de condenar o maior número de responsáveis possível pelo extermínio sistemático de milhões de pessoas. Os novos acontecimentos tornam indispensáveis positivar o direito costumeiro e criar um tipo específico para os delitos ali cometidos.

Assim, os crimes contra a humanidade foram pela primeira vez definidos juridicamente por um texto internacional nos Estatutos dos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e de Tóquio. Este conceito demonstrava a gravidade do novo tipo de infração. Um crime tão grave que ultrapassa suas vítimas, independente de nome ou nacionalidade, toda a humanidade

é atingida. Essas normas fazem parte do *jus cogens*, da ordem pública internacional e não podem ser derogadas por nenhum Estado.

Por isso, quando da Conferência de Roma, realizada em 1998, havia um consenso entre os países de que, indiscutivelmente, os crimes contra a humanidade deveriam ser inseridos no rol do *core crimes* do Estatuto, o qual tipifica em seu artigo 7º os crimes contra a humanidade:

Artigo 7º Crimes contra a Humanidade

Para efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crime contra a humanidade’, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) homicídio;
- b) extermínio;
- c) escravidão;
- d) deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) tortura;
- g) agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou em qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) desaparecimento forçado de pessoas;
- j) crime de apartheid;
- k) outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento ou afetem gravemente a integridade física, ou a saúde física ou mental.

Os parágrafos 2 e 3 do artigo 7º explica o significado de cada um dos termos contidos no parágrafo 1, com o objetivo de eliminar qualquer dúvida, facilitar as investigações e produção de prova. Da leitura do artigo 7º (1) do Estatuto do TPI, observa-se que o “*caput*” limita a configuração do crime de três formas:

Primeiro, crimes contra a humanidade serão considerados como de competência do Tribunal Penal Internacional se tiverem sido cometidos como “parte de um ataque generalizado ou sistemático”. O termo “generalizado” diz respeito ao número de vítimas, isto é, um caso único de homicídio, a menos que praticado num contexto de ataque generalizado (ou amplo), envolvendo certo número de pessoas ou de maneira generalizada sobre um amplo território, não será qualificado como crime contra a humanidade (GORAIEB, 2012, p. 262-263).

Em segundo lugar, o ataque não será considerado crime contra a humanidade, a menos que, seja praticado contra uma população civil. Por fim, os atos devem ser cometidos com conhecimento do ataque, para configurar os crimes contra a humanidade. Observa-se que os crimes contra a humanidade são mais amplos que o crime de genocídio, que visa eliminar um grupo específico de pessoas ligadas por convicções religiosas, étnicas ou políticas. Também não há a intenção do perpetrador dos crimes contra a humanidade em querer destruir “no todo ou em parte” determinado grupo, por aquilo que ele é, como ocorre no genocídio. Este é considerado uma espécie de crime contra a humanidade, na forma mais bruta possível, como referido no capítulo anterior.

Por outro lado, a principal distinção entre crimes contra a humanidade e crime de guerra repousa no fato de que os primeiros podem ser cometidos tanto em tempos de guerra como em tempos de paz, enquanto os crimes de guerra, como o próprio nome sugere, referem-se a condutas perpetradas durante um conflito armado interno ou internacional. Outra diferença é que os crimes de guerra são cometidos contra civis, independente de sua nacionalidade ou de nacionalidades diferentes, já os crimes contra a humanidade são praticados contra civis da mesma nacionalidade dos criminosos.

A realidade é que a lista de crimes contra a humanidade não é exaustiva. Ainda hoje nota-se cada vez mais a diversidade das condutas perpetradas contra os direitos humanos. A capacidade de destruição do ser humano em relação a seus semelhantes parece ser infinita, com uma criatividade na sua motivação e forma de execução igualmente impressionantes.

5 CRIMES DE GUERRA

A expressão “crimes de guerra” tem sido, ao longo dos anos, empregada em diversos contextos, algumas vezes apresentando significado contraditório. Para alguns, esses crimes fazem parte de uma gama de condutas, a serem praticadas durante conflitos armados, enquanto para outros, essas infrações representam todas as violações ao Direito Internacional Humanitário, independente de serem condutas delituosas. Também é usada a expressão para descrever crimes cometidos em conexão com conflitos armados, sejam estes internacionais ou não, ainda que o caso examinado for de genocídio ou de crime contra a humanidade (CRETELLA NETO, 2008, p. 280).

Os crimes de guerra estão inseridos no direito costumeiro internacional e tem como principais bases de codificação: o “Direito de Haia” (várias convenções e protocolos), que impõe limites às condutas de hostilidade; e, as Convenções de Genebra e seus Protocolos, que diz respeito à proteção das vítimas nos conflitos. O Estatuto de Roma prevê, ainda, no rol dos crimes de guerra, crimes cometidos em afronta ao direito de guerra contra o pessoal em missão humanitária ou de manutenção da paz das Nações Unidas (SABÓIA, s.d., p. 3).

Depois da Segunda Guerra Mundial, a tarefa de aprimorar o direito da guerra coube ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o qual fez uma revisão das três Convenções de Genebra de 1929, para “melhorar a sorte dos feridos e dos enfermos nos exércitos em campanha”, além da X Convenção de Haia, “para adaptar a guerra marítima aos princípios da Convenção de Genebra”, e a Convenção de Genebra de 1929, “relativa ao tratamento aos prisioneiros de guerra”, preparando para as quatro Convenções de Genebra de 1949. O Comitê convocou uma conferência diplomática que produziu os Protocolos I e II, adicionais à Convenção de Genebra de 1949, onde o primeiro cuidava dos conflitos internacionais e o segundo era relativo aos conflitos internos (situações de guerra civil). Estes Protocolos, de 1977, “ampliam as infrações graves e reforçam o dever penal dos Estados” (GORAIEB, 2012, p. 296).

Já no caso do Estatuto de Roma, definiu no artigo 8º: “1. O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes”.

Portanto, observa-se que o “*caput*” do artigo 8º do Estatuto limita a competência do Tribunal aos crimes que tenham sido cometidos como parte de um plano, de uma política ou prática em larga escala. Isso significa que “[...] a Corte deve assumir a jurisdição apenas nos casos envolvendo um certo nível de organização e responsabilidade de cometimento de fato (não necessariamente relativa a um Estado) (SUNGA, 2000, p. 210). Por outro lado, atos que poderiam ser classificados como crimes de guerra, nos termos da lei humanitária internacional,

se cometidos isoladamente, sem a aprovação de uma alta autoridade em comando, podem não ser inseridos na definição estatutária (GORAIEB, 2012, p. 298).

Prosseguindo, o artigo 8º (2) indica, de forma exaustiva, quais delitos são considerados crime de guerra e os divide em quatro categorias dentro de dois tipos de conflitos distintos, da seguinte forma:

I – Conflitos armados internacionais: a) as graves violações à Convenção de Genebra de 1949; b) outras violações graves das leis e costumes aplicados aos conflitos armados internacionais;

II – Conflitos armados não internacionais: a) as graves violações do art. 3º, comum às quatro Convenções de Genebra; b) outras sérias violações às leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados não-internacionais.

Por seu extenso conteúdo e preocupada com a limitação espacial no presente trabalho, deixa-se de apresentar o artigo 8º na íntegra.

No entanto, merece destaque alguns pontos positivos como a especial proteção às mulheres, com inclusão, na lista de crimes de guerra, de vários delitos com conotação sexual, cujas mulheres são suas principais vítimas, na maioria dos casos. Além disso, também merece louvor a proteção às crianças, ao prever a proibição do recrutamento de crianças menores de 15 anos, bem como a proteção aos prédios destinados à educação, como forma de proteção à população civil, especialmente crianças e adolescentes.

Importante, por fim, mencionar as diferenças entre crimes de guerra com crime de genocídio e crimes contra a humanidade. O crime de genocídio tem sua principal característica o propósito, a intenção do extermínio de um grupo específico e poderá ocorrer em casos de guerra ou não. Enquanto os crimes de guerra são cometidos por tropas combatentes, durante um conflito, contra prisioneiros, ou por invasores contra uma população vencida, em afronta às leis e costumes de guerra. Já com relação aos crimes contra a humanidade, estes tem um conceito mais amplo e poderá ser cometido fora do contexto de guerra, conforme exposto anteriormente.

6 CRIMES DE AGRESSÃO

Num primeiro momento, a definição do crime de agressão gerou tanta controvérsia, durante a Conferência dos Plenipotenciários de Roma, que sua inclusão no Estatuto chegou a ser questionada. Não havia originalmente a previsão no Tratado de Roma, sendo que foi necessária a inclusão feita por uma emenda adicional como se verá a seguir.

No entanto, ocorreu nesse sentido, um avanço visando a defesa do ser humano e, prevaleceu a visão de que, no mundo contemporâneo, instalar um tribunal internacional, com o único objetivo de julgar casos individuais de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, não contemplando a proibição e punição da beligerância em larga escala, seria um retrocesso, visto que a maior parte das infrações surge durante a ocorrência de conflitos armados (MAIA, 2001, p. 92).

Numa retrospectiva histórica do crime de agressão, importante passo foi dado ao final da Primeira Guerra Mundial, com a formulação do artigo 227 do Tratado de Versalhes, com a intenção de levar o Kaiser Guilherme II a julgamento perante um tribunal especial. Somente anos depois, nos tribunais de Nuremberg e de Tóquio, é que houve a responsabilização individual e punição. O Estatuto de Nuremberg previa em seu artigo 6º, a, sobre a denominação genérica de crimes contra a paz, a definição da agressão como sendo “[...] a direção, a preparação e o desencadeamento ou o prosseguimento de uma guerra de agressão ou de uma guerra de

violação dos tratados, garantias ou acordos internacionais ou a participação [...]”. O Estatuto do Tribunal de Tóquio codificou o crime de forma semelhante. Todavia, os instrumentos em questão não continham uma definição precisa de uma guerra de agressão ou de como reconhecê-la (GORAIEB, 2012, p. 311).

Assim, na Conferência dos Plenipotenciários, a solução adotada foi incluir o crime de agressão na lista do artigo 5º do Estatuto, mas fez uma ressalva com relação ao exercício da jurisdição do TPI. Também não definiu quais seriam as condutas que levariam à consumação destes crimes.

Os artigos 121 e 123 do Estatuto de Roma previam que após sete anos da entrada em vigor do Estatuto, qualquer Estado-parte poderia propor emendas e que uma Conferência de Revisão seria convocada pelo Secretário-Geral das Nações Unidas para examinar qualquer alteração do Estatuto. Esta solução, condicionando o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional à aprovação de uma emenda ao Estatuto que contenha a definição de agressão, adiou, por alguns anos, a discussão do problema.

No entanto, em 2010 foi realizada a Conferência de Revisão do Estatuto, na cidade de Kampala, na Uganda e uma das questões centrais foi tentar encontrar uma definição para o crime de agressão. A Conferência de Revisão logrou êxito em aprovar por consenso a definição do crime de agressão, bem como definiu as condições para o procedimento e regra à atuação do Tribunal Penal Internacional diante dos atos de agressão.

Nos termos da Emenda ao Estatuto de Roma aprovada pela Conferência de Campala, o crime de agressão foi definido nos seguintes termos:

Proposta de Emenda:

1. Para efeitos do presente Estatuto, ‘crime de agressão’ significa o planejamento, a preparação, o início ou a execução, por pessoa em posição efetiva para exercer controle ou dirigir a ação política ou militar de um Estado, de um ato de agressão o qual, pelo seu caráter, gravidade e escala, constitui violação manifesta da Carta das Nações Unidas.
2. Entende-se por ‘ato de agressão’ o uso de força armada por parte de um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com a Carta das Nações Unidas. De acordo com a Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1974, quaisquer dos atos a seguir, independentemente de existir ou não declaração de guerra, será caracterizado como ato de agressão:
 - (a) invasão ou ataque do território de um Estado pelas forças armadas de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, mesmo temporária que resulte dessa invasão ou ataque, ou toda anexação, por meio do uso da força, do território de outro Estado ou de parte dele;
 - (b) bombardeio do território de um Estado pelas forças armadas de outro Estado ou o uso de quaisquer armas por um Estado contra o território de outro Estado;
 - (c) bloqueio de portos ou do litoral de um Estado pelas forças armadas de outro Estado;
 - (d) ataque pelas forças armadas de um Estado às forças armadas terrestres, navais ou aéreas de outro Estado, à sua frota mercante ou aérea;
 - (e) utilização de forças armadas de um Estado, que se encontrem no território de outro Estado com o consentimento do estado receptor, em violação às condições do consentimento ou como extensão de sua presença no referido território depois de retirado o consentimento;
 - (f) ação de um Estado que permite que seu território, quando posto à disposição de outro Estado, seja utilizado por esse outro Estado para praticar um ato de agressão contra um terceiro Estado;
 - (g) envio, por um Estado ou em seu nome, de grupos armados, de grupos irregulares ou de mercenários que pratiquem atos de força armada contra outro Estado, de tal gravidade que sejam equiparáveis aos atos antes enumerados, ou sua substancial participação na prática de tais atos.

No entanto, ficou decidido que a jurisdição do TPI somente poderia ser acionada após nova revisão dos Estados parte que se daria a partir de janeiro de 2017. Bem como o TPI apenas poderia atuar nos casos de crimes de agressão ocorridos um ano após a 30ª ratificação da emenda.

Em junho de 2016, o 30º estado parte, Estado da Palestina, ratificou o acordo da emenda realizada em Kampala. Portanto, a partir de junho de 2017 o requisito para ativação da jurisdição do TPI sobre o crime de agressão foi cumprido e, por conseguinte, a partir deste momento o Tribunal Penal Internacional tem total competência para julgar os criminosos que forem acusados de perpetrarem esses crimes.

7 O TERRORISMO COMO CRIME INTERNACIONAL

Quando da elaboração do Estatuto de Roma, observou-se a ausência do terrorismo, ato criminoso que afeta violentamente os direitos dos indivíduos. O documento final do Estatuto tipifica os delitos sujeitos à sua jurisdição e, para isso, foram utilizadas definições constantes em tratados e convenções ou em outras fontes do Direito Internacional.

Juntamente ao crime de terrorismo, também se observou a ausência de tipificação do crime de tráfico de drogas, crimes contra as Nações Unidas e pessoas associadas. Embora o rol dos crimes que seriam previstos no Estatuto tivessem gerado grandes discussões entre as Delegações presentes na Conferência, prevaleceu a posição da maioria dos países, os quais argumentavam que estes delitos, além de apresentarem um problema de definição, exigiam um longo planejamento, com investigações e infiltrações nas organizações abrangidas, além de imunidades para alguns dos envolvidos, que poderiam ser mais bem investigados e processados através de autoridades de nível nacional, utilizando-se de acordos de cooperação (MAIA, 2001, p. 85-86).

Importante ressaltar, no entanto, que a resolução anexa ao Ato Final da Conferência de Roma, reconhece a gravidade dos atos de terrorismo e tráfico de entorpecentes e prevê a possibilidade de, no futuro, serem incluídos na esfera de competência do Tribunal Penal Internacional (MAIA, 2001, p. 86).

A questão que se levanta é: se o terrorismo não se encontra previsto no rol dos crimes tipificados no Estatuto de Roma, ao lado dos crimes mais graves que podem ser cometidos em violação a dignidade da pessoa humana, como ele poderá ser definido e punido quando do seu acontecimento?

E mais. Atualmente há notícia de atos de terrorismo no mundo são constantes em diversas partes do globo, principalmente nos países árabes, alguns grupos europeus, Colômbia e atualmente muito forte na Síria. Como deveria se dar a punição de pessoas acusadas de cometerem esses crimes?

Hoje em dia, parece existir um consenso na comunidade internacional sobre a noção do terrorismo, a qual é trazida pelo autor português Vladimir de Campos Pacheco Pires Ferreira (s.d., p. 32-33), consistindo na prática de atos:

- (i) tipificados como crimes em todos os ordenamentos jurídicos nacionais;
- (ii) tais práticas devem ter por finalidade mediata a disseminação do pânico entre a população civil e o objetivo último de intimidar, coagir ou influenciar a política de um determinado governo;
- (iii) devem ser política ou ideologicamente motivados, isto é, não devem buscar satisfação de interesses privados.

No entanto, essa é uma concepção doutrinária, baseada nos costumes e tendo como norte as definições dos outros crimes internacionais. Acredita-se que, atualmente, já se tem elementos suficientes para classificar o terrorismo como crime autônomo. Isso porque, devido à sua “abrangência, transnacionalidade, gravidade e despersonalização extrema, não pode ser admitido como qualquer outro subtipo de crime internacional existente” (BARATA, 2014, p. 20).

O que nota-se, hoje, no campo convencional, são tratados e convenções realizadas por Estados que se comprometem a adotar uma legislação nacional contra o terrorismo, implementando medidas e sendo flexíveis à cooperação internacional, principalmente no que diz respeito à extradição.

Por outro lado, com relação ao TPI, embora o órgão não tenha o terrorismo no rol dos seus crimes, seria possível processar e julgar indivíduos acusados de cometerem estes atos desde que sejam enquadrados nos crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Os crimes de guerra, conforme abordado em tópico específico, incluem, dentre outras condutas, tomada de reféns, homicídio doloso, atos de violência intencionais contra civis e seus bens, atentado à dignidade da pessoa humana. Ora, estes atos visam aterrorizar tanto a população local quanto o público em geral.

O Estado islâmico, por exemplo, vem divulgando a tomada de reféns, que são submetidos à tortura e por vezes decapitados em vídeos divulgados na internet. Além disso, a ONU chama a atenção para o uso de crianças soldado na Síria. Acresce que o grupo se apropria de artefatos históricos e os vende no mercado negro para angariar fundos, sendo que há a possibilidade de destruição desses itens e até de sítios arqueológicos (CASOS, 2015, p. 1).

Os crimes contra a humanidade, de acordo com o explanado previamente, envolvem escravidão, tortura, homicídio, extermínio, perseguição por motivos políticos ou em função de raça, cultura, religião, etnia.

Em relação ao Estado Islâmico, isso é percebido na perseguição a variadas seitas islâmicas (aquelas situadas fora da vertente radical adotada pelo grupo), turcos, cristãos e diversas etnias dentro do Iraque. Na Síria há relatos de massacres, escravidão e abuso sexual e gravidez forçada, segundo uma comissão de inquérito criada pelas Nações Unidas (CASOS, 2015, p. 1).

Todas essas condutas são produzidas em larga escala e também com consciência para aterrorizarem a população. Ressalte-se que, a competência do Tribunal Penal Internacional é para julgar pessoas, que serão punidas individualmente, e não Estados. Tendo em vista que o Iraque e a Síria não são Estados signatários do Estatuto, o TPI somente poderá punir os cidadãos de Estados-parte que cometam crimes na Síria ou Iraque, por exemplo. O que seria perfeitamente possível, pois tem-se conhecimento que o terrorismo é uma rede que atua em grupos espalhados por diversos países.

Portanto, embora o ideal seja o terrorismo ser reconhecido como crime internacional autônomo, a saída hoje encontrada seria observar se os atos de terrorismo quando perpetrados cumprem determinadas condições específicas para se enquadrarem nos crimes de guerra e crimes contra a humanidade previstos no Estatuto de Roma. Em caso positivo, o TPI não deverá hesitar em acionar sua jurisdição para processar e condenar acusados de perpetrarem este grave delito contra a dignidade da pessoa humana, cuja tendência é que seja cada vez mais reconhecida e protegida, objetivo que deve ser comum a toda humanidade.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto no trabalho, fica evidente que os crimes previstos no Estatuto de Roma representam as condutas mais graves que um indivíduo pode cometer em afronta aos direitos humanos.

Por esse motivo é que foram detalhadamente discutidos e tipificados no Estatuto, o qual descreve as condutas, elementos materiais e subjetivos dos delitos e forma de consumação.

Estes delitos fazem parte do processo de internacionalização dos direitos humanos e sua previsão e possibilidade de condenação diante do TPI faz com que sejam considerados importantes mecanismos de efetivação da dignidade da pessoa humana.

Outro ponto revelado no trabalho diz respeito ao crime de terrorismo, o qual ainda não encontra uma definição e embora não seja classificado como crime internacional autônomo, pode ter seus atos enquadrados em crimes de guerra e crimes contra a humanidade previstos no Estatuto, permitindo a punição de agentes que venham a cometer estes crimes.

Importante mencionar que estes agentes poderão ser julgados e punidos pelo Tribunal Penal Internacional mesmo quando esses crimes forem perpetrados em países que não fazem parte do TPI, bem como no caso de terem sido cometido por cidadãos deste Estados-não membro em território de Estados signatários do Estatuto.

Por isso é válido destacar que, embora a luta para a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos seja um processo árduo e contínuo, respeitáveis avanços tem ocorrido nessa seara e o Tribunal Penal Internacional tem representado um mecanismo eficiente nesse sentido, mesmo com todas as ressalvas apontadas. Por vezes, como fico patente na pesquisa feita ao longo da história as redemocratizações, em especial no Século XX e XXI, apresentam um processo lento e difícil de transição, que às vezes se dá de forma pacífica e outras vezes não.

Para favorecer essa transição pacífica é necessária a chamada justiça de transição, que como explicado apresenta características peculiares em cada ordenamento.

Todavia, a criação de um Tribunal Penal Internacional vem trazer uma possibilidade para os Estados, que internamente podem enfrentar pressões das mais diversas para efetivar julgamentos desses crimes graves ou fazer julgamentos simulados.

O importante é que expressivos passos se observam em relação à proteção da dignidade da pessoa humana, com mecanismos cada vez mais expressivos para proteger os direitos humanos em nível doméstico e também internacional, a exemplo do Tribunal Penal Internacional.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. et. al. **‘Observações Escritas à Solicitação de Opinião Consultiva nº 25**. Presidente Prudente: Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/oc25/31_centro_toledo.pdf>. Acesso em 15-fev-2018.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá;TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. O código de processo constitucional no Brasil para evitar a omissão inconstitucional judicial. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coord.). **Derecho procesal constitucional**. tomo I, vol. 2, Bogotá: VC Editores, 2011, p. 194-213.

BARATA, João Manuel Pereira Lopes de Carvalho. **O terrorismo como crime internacional**. Porto: Católica Porto, 2014

BASSIOUNI, M. Cherif. From Versailles to Rwanda in seventy-five years: the need to establish a permanent international criminal court. **Harvard Human Rights Journal**, n. 10. Cambridge, Nov. 1997, p. 11-63.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho, 7. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

Casos de terrorismo no TPI. **Site da CSNU-Minionu**. Disponível em: <<https://16minionucsnu2015.wordpress.com/>> Acesso em 25 jun. 2018.

CALDERÓN-VALENCIA, Felipe; ESCOBAR-SIERRA, Manuela. L'articulation de la juridiction spéciale pour la paix avec la justice ordinaire en matière d'extradition: les enjeux politiques du cas Jesus Santrich dans le contexte du post-conflit Colombien. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 1, 2019.

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional penal**. Ijuí: Unijuí, 2008.

CIARLINI, Léa Martins Sales; CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. A estrutura das políticas públicas e os paradoxos da intervenção judicial por meio da ação civil pública: uma análise a partir dos cinco estágios do ciclo político-administrativo de Michael Howlett, Ramesh e Perl. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 1, 2019.

ELSTER, Jon. **Transitional justice in historical perspective**. New York: Cambridge University Press, 2004.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LEHFELD, Lucas de Souza; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A imunidade parlamentar segundo o supremo tribunal: análise do precedente sobre a prisão do senador Delcídio Amaral frente aos direitos da personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 2, 2019.

FERREIRA, Vladimir de Campos Pacheco Pires Ferreira. **Terrorismo e justiça internacional**. Disponível em: < http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/volume10/arquivos_pdf/sumario/Artigo%20-%20Vladimir%20de%20Campos%20Pacheco%20Pires%20Ferreira.pdf> Acesso em 25 jun. 2018.

FLORIANI, Lara Bonemer Rocha; SANTOS, Luccas Farias. A hierarquia dos tratados internacionais e seus reflexos jurídicos e extrajurídicos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 1, 2019.

GORAIEB, Elizabeth. **Tribunal penal internacional: trajetórias legais em busca de justiça**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tribunal penal internacional e o direito brasileiro**. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

POWER, Samantha. **Genocídio: a retórica americana em questão**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ROSSIGNOLI, Marisa; SOUZA, Francielle Calegari de. O princípio constitucional da livre concorrência frente a política do desenvolvimento sustentável. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 1, 2019.

SABÓIA, Gilberto Vergne. **A criação do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/tpi_saboia.html>. Acesso em 03 mai. 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorenna Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 5, N. 1, 2017.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **A dimensão cultural do direito fundamental à alimentação**. Birigui: Boreal, 2013.

STURZA, Janaína Machado; RODRIGUES, Bruna dos Passos. Diálogos entre políticas públicas e direito à saúde: as audiências públicas enquanto instrumento de participação popular sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa de Habermas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 2, 2019.

SUNGA, Lyal S. **A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma**. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.

TEITEL, Ruti. **Transitional justice genealogy**. *Harvard Human Rights Journal*. vol. 16, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

A humanização do direito internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. (Org.). **Desafios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O esgotamento dos recursos internos em experimentos contemporâneos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos. **Revista Informativo Legislativo de Brasília**, n. 77, 1983, p. 201-244.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones. In: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales. (org.) **La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?**. Tomo II, Ciudad Universitaria: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 189-214.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. Pensar as políticas públicas a partir do enfoque das capacidades: justiça social e respeito aos direitos humanos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 7, N. 1, 2019.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ENVIRONMENTAL LAW & COMPETITION LAW:
CONFLICTS & COMPLEMENTARITIES FROM AN
ENVIRONMENTAL ECONOMICS PERSPECTIVE

ROMANA COELHO DE ARAÚJO
JORGE MADEIRA NOGUEIRA

VOLUME 11 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2020

ENVIRONMENTAL LAW & COMPETITION LAW: CONFLICTS & COMPLEMENTARITIES FROM AN ENVIRONMENTAL ECONOMICS PERSPECTIVE¹

DIREITO AMBIENTAL & DIREITO DA CONCORRÊNCIA: CONFLITOS & COMPLEMENTARIDADES DO PONTO DE VISTA DA ECONOMIA AMBIENTAL

Received: 20/04/2020
Approved: 07/07/2020

Romana Coêlho de Araújo²
Jorge Madeira Nogueira³

ABSTRACT:

The aim of this paper is to evaluate whether environmental restrictions or requirements are considered in competition law. Common sense conceives that a company that bears costs of complying with environmental requirements experiences increased costs and seeks to transfer it to the prices of its products. A possible consequence of this behavior is its effects upon the competitive position of the company in the market. Thus, the interface between environmental requirements and competition law is enhanced. Companies that disobeyed environmental regulations would have a hypothetical competitive advantage over companies in the same sector that obeyed it. Would this situation require (greater) oversight of compliance with environmental laws for all companies to observe and comply with such legislation? Or, alternatively, is it necessary to aggravate/mitigate penalties in competition law of those who have failed/fulfilled in environmental law? In this context, the paper focuses on the second question and investigates environmental implications of competition law. It initially shows that there is no immediate response in the specialized literature. We review legal and economic references to display arguments of those scholars who believe that a certain dialogue between the environment and competition is possible and of those scholars that, on the other hand, understand that they are elements not compatible or even conflicting. Finally, we estimate economic costs of the mutual lack of attention between these two branches of law using case studies from the Brazilian reality.

Keywords: Competition Law. Environmental Law. Economics. Competitive Advantage.

JEL Codes: K21, K32, Q50

¹ A preliminary and partial version of this paper was accepted to an oral presentation at the 89th International Atlantic Economic Conference, that would take place in Rome, Italy, 25-28 March 2020. The Conference was cancelled due to the coronavirus pandemia. It is based upon an unpublished academic work, presented by the first author under the title "Interface between Environmental Law and Competitive Law" in the UniCeub Law course as a requirement for approval in the discipline Monograph III. Advisor Prof. Dr. Ivo T. Gico Júnior.

² Master in Economics (UnB), Bachelor of Law (UniCEUB), MPF Server and Researcher of UniCEUB Environmental Law Research Group. Email: rcao406@gmail.com

³ Full Professor at the Department of Economics at the University of Brasília (ECO / UnB). Graduated in Economics from the Federal University of Rio de Janeiro (1975), Jorge Madeira Nogueira obtained his Master's degree in Production Engineering from the Coordination of Graduate Programs in Engineering at the Federal University of Rio de Janeiro (1978) and his doctorate in Agrarian Development - University of London (1982). He joined the professor in the Department of Economics at the University of Brasília (ECO / UnB) in 1983. Between 1991 and 1995 he was Visiting Professor at Cornell University in the United States.. E-mail: jmn0702@gmail.com

RESUMO:

O objetivo deste artigo é avaliar se restrições ou requisitos ambientais são considerados no direito da concorrência. O senso comum concebe que uma empresa que arque com custos de cumprimento das exigências ambientais experimenta custos elevados e busca transferi-los para os preços de seus produtos. Uma possível consequência desse comportamento materializa-se em efeitos sobre a posição competitiva da empresa no mercado. Assim, a interface entre os requisitos ambientais e a lei da concorrência é aprimorada. As empresas que desobedecessem às regulamentações ambientais teriam uma vantagem competitiva hipotética sobre as empresas do mesmo setor que a obedecessem. Essa situação exigiria (maior) fiscalização do cumprimento das leis ambientais para que todas as empresas observassem e cumprissem tal legislação? Ou, alternativamente, seria necessário agravar/mitigar as penalidades no direito de concorrência daqueles que falhassem/cumprissem o direito ambiental? Nesse contexto, o artigo foca na segunda questão e investiga as implicações ambientais do direito da concorrência. Inicialmente mostra que não há resposta imediata na literatura especializada. Revisamos referências jurídicas e econômicas para mostrar argumentos daqueles estudiosos que acreditam que um certo diálogo entre meio ambiente e competição é possível e daqueles estudiosos que, por outro lado, entendem que são elementos não compatíveis ou mesmo conflitantes. Por fim, estimamos os custos econômicos da mútua falta de atenção entre esses dois ramos do direito utilizando estudos de caso da realidade brasileira.

Palavras-chave: Direito da Concorrência. Direito Ambiental. Economia. Vantagem Competitiva.

Códigos JEL: K21, K32, Q50.

INTRODUCTION

This paper assesses whether environmental restrictions or requirements are considered in competition law. Common sense leads one to imagine that a company that bears the costs of complying with environmental requirements will probably raises its costs and, under certain conditions, it can transfer this cost increase to the prices of its goods or services. This leads to the supply of products to the market at less competitive prices, given that not all active companies (in the same market and in the same sector) comply with such environmental obligations and, therefore, their costs tend to be lower. As a consequence, these additional costs can affect the company competitive position in the market. In other words, it is often the case that an environmentally friendly product is born with possible reduction in competition.

Would this dilemma require (greater) oversight of compliance with environmental laws in order for all companies to observe and comply with such laws? Or, is it necessary to aggravate / attenuate punishments in the competition law for those who did not comply with the environmental law? This research focuses with greater interest on the second question, since the first examines ways to enforce legislation. In other words, we seek answer to a basic inquiry: what are the implications of environmental law on competition law? It is a relevant issue for both environment and competition frameworks as well as to producers and consumers of “environmentally friendly products” and their “fair prices”.

In developing countries this topic is little discussed. However, in the European Union - EU, even though many lawyers and economists reject the idea that environmental concerns should play a significant role in competition policy, the issue has been discussed and public policy makers have been asked to demonstrate the importance of environmental factors in

construction competition law. In such circumstance, Economics can play a relevant role. The contribution of environmental and/or ecological economists with regard to environmental assessments, efficiency and externalities can illuminate arguments related to the topic.

Studies in the European Union point out that the intersection of competition and the environment is not an abstract, or static, theoretical issue. Competition authorities consider environmental issues in their daily work, but so far only provide special consideration for their impacts. Both (competition and the environment) have different means, but share common objectives in terms of maximizing social well-being and correcting market failures. They also identify that the relationship between environmental concerns and anti-competitive behavior is fragile and can be highly specific to each case. Another relevant aspect pointed out by the European studies is that economic objectives of the Treaty on the Functioning of the European Union - TFEU should not be more important than environmental goals and targets.

To study possible intersections between these two branches – environment and competition –, regulated by legal instruments and from the economic perspective, are of interest of this article. Hence, we analyze how the United States and the European Union address the issue, by visualizing how to treat environmental and competitive variables. In complement, we look at the reality of Latin law, we survey Brazilian authors that are notoriously recognized in Competition Law, Environmental Law, and Economics.

We start conceptualizing Competition and Environmental Laws. Next, we will deal specifically with the interface between Environmental Law and Competitive Law. To glimpse what is currently the intersection of these branches of law, it is necessary to point out the outcome of a quantitative survey conducted within the Administrative Council of Economic Law (CADE) of Brazil, about how many administrative processes involved the environmental variable in its analysis since 2000. Finally, we discuss the possibilities of overlapping of these two branches of law in order to indicate that keep them apart implies negative economic consequences.

1 CONCEPTUAL CHARACTERISTICS OF COMPETITION LAW

Competition law is the set of legal rules designed to investigate, repress and prevent the various modalities of abuse of economic power, in order to prevent monopolization of markets and promote free initiative in favor of the collective. From an economic perspective, competition assumes the following functions: economic optimization, technological advances, conducting economic phenomena and flexibility of adaptation. These functions are effectively accomplished by competitive actions established by rational agents operating rationally in a free market.

Nowadays, competition is studied and investigated by many scholars from different areas of science⁴. Forgioni (2013) considers that there is no noteworthy enterprise that does not know that a cartel is unlawful or even ignores the need for notification to public authorities when there is a certain market concentration. Does the same knowledge of illicitude occur in environmental arena? Forgioni (2013) points out that the principle of defense of the environment in the structuring of the economic order frequently makes express reference “to differentiated treatment according to the environmental impact of products and services and their processes of elaboration and provision”.

In spite of the fact that this interpretive nature of unlawful behavior of agents is also perceived in other arenas (such as reducing social inequalities, the search for full employment

⁴ For an analysis from a legal perspective of relationships between regulation, competition law and competitive market see Cavalcanti and Catão (2017) in a previous paper in this journal.

and the favored treatment of small businesses), the interpretation of acts of economic agents from the perspective of violations should be carried out based upon all principles of economic order. Nevertheless, it is worth mentioning that the law provides the need to use analytical models to analyze a company's behavior as a market agent.

Therefore, in several segments in which the study of competition applies it becomes stimulating to use models to discuss the social reality, considering that the focus of analysis often ceases to be competition as a balancing mechanism and moving to competition as a dynamic process. It is worth noting that competition in the latter differs from competition in the former. As an example of the latter, some authors (see for example JABBOUR, TEIXEIRA, JABBOUR and FREITAS) state that environmental management has positive effects on the operational performance of companies, since it tends to maximize the productivity of inputs and the use of organization resources, as well as to reduce costs of production. Such debate is known as "being green is being competitive". However, little is said of environmental management practices in operational performance. The same seems to occur in the field of competition.

2 CONCEPTUAL CHARACTERISTICS OF ENVIRONMENTAL LAW

"Environmental law is a systematizing law, which articulates legislation, doctrine and jurisprudence, concerning the elements that integrate the environment. It seeks to avoid the isolation of environmental themes and their antagonistic approach. It is no longer a question of building a water law, an atmosphere right, a land law, a forest law, a right of fauna or a biodiversity right. Environmental law does not ignore what each matter has specific, but seeks to interconnect these issues with the mortar of the identity of the legal instruments for prevention and repair, information, monitoring and participation". This a brilliant definition of environmental law by Michel Prieur *apud* Machado (2015, p. 18)

Environmental law has gradually evolved and gained autonomy as a branch of Legal Science with its own principles. Despite its short live it has enshrined as a fundamental human right. It is consecrated as such given the threat to human life and major environmental problems, such as availability of water in adequate quantity and quality, climate change, management of solid waste, reduction of biological diversity, and contamination of air and water by chemicals. Even so, it is common for Judiciaries to interpret several environmental laws in a restrictive manner and to apply them more positively (legal positivism), failing to consider the legal principles, especially the most important principles of environmental law.

Machado (2015) expresses this, arguing that the environment is the expression of an overview of the intentions of human beings and of relationships among them and between them and their environment. In such a context, it is not surprising that the right to a healthy environment is a right of horizontal character, which covers the different classical branches of law (civil law, administrative law, criminal law, international law) and a right of interactions, which is dispersed in various regulations. More than a new branch of law with its own rule, the environmental law tends to penetrate all existing legal systems to guide them in an environmental sense.

This is particularly true in the Brazilian reality, where its Federal Constitution of 1988 highlights the importance of the environment and its protection, in order to translate itself as an ideal of a (collective) social right that can no longer be relegated to a second role. Also in the Brazilian Law of Environmental Crimes (Law no. 9,605, February 12, 1998) there are provision for criminal and administrative sanctions derived from conducts and activities harmful to the environment.

3 COMPETITION AND ENVIRONMENTAL LAW: CONFLICTS AND COMPLEMENTARITIES

To identify and analyze conflicts and complementarities between these two branches of law, it is necessary to explicit a concept of development. If one follows Amartya Sen, development consists of the elimination of deprivations of liberty that limit people's choices and opportunities to exercise their condition as an agent, competition law can be considered as freedom (or not). In this approach of development as freedom, competition is important regardless of whether or not, because it generates economic effects, as it guarantees important freedoms to the development process such as freedom of initiative or of choice (MUNHOZ, 2006).

However, if the definition of development is a reductionist view as zero economic growth, as in Herman Daly, it is perceived that the relationship between environmental and competitive law is non-existent. That is, there is a distorted vision of sustainability, because it only considers material wealth (GERBRANDY, 2012). This also implies having a narrow view of the concept of consumer welfare, which is to obtain material goods at non-increasing prices, as it does not incorporate the environment as consumer's welfare. Therefore, if the well-being of consumption is only material wealth; and if development entails sustainable losses, then sustainability does not come into the competition law, because there is incompatibility of the competition law and sustainability⁵. Thus, the investigation of possible environmental implications in competition law begins and depends upon the concept of economic development.

In such scenario, the limits between obeying, or not, a legislation are influenced by economic factors. Based upon the price theory, it is possible to support a relationship between the law and the behavior of economic agents influenced by a law, since the law regulates sanctions and rewards for a given conduct. These poles – legal or illegal acts – are choices of people who take into account the advantages/disadvantages of crime. However, such isolated choices contaminate and influence other economic agents in different markets and places.

Solomon Filho (2007) points out that a competitive law, in its institutional conception, does not seek a result, or economic effect, but guarantees a loyal relationship between competitors and that there is competition effectively (and not typical power relations in free markets). This enables economic agents to perceive the best options and order relationships more fairly and balanced. Solomon Filho (2007) also argues that a consumer interest is complex. It has essential needs such as health, education, as well as the preservation of the environment. This implies that his concern (from consumer) is not limited exclusively to the economic dimension.

These aspects are also observed in the regulation of human activities that affect the natural basis on which we live. In such situation, environmental factors seem to change the composition of the cost of a product or service to be made available in the market. However, there is another possible situation; environmental legal requirement motivates innovation. This, in turn, induces a company to obtain competitive gains in the face of a technological gain. In such situation, it is worthwhile to protect the environment either by administrative regulation or by legislative action through laws of responsibility, right of ownership and/or limits of emissions to the environment (HUSSEN, 1999). Additionally, consumers may be willing to pay more for green products. Theoretically, a free market should pressure producers and suppliers to compete for environmental quality. Thus, a new relationship is established,

⁵ Gerbrandy (2012, p.5): "The tension between these two concepts seems apparent: competition law is aimed at greatest economic efficiency and the maximization of consumer welfare on the short term, whereas sustainability is aimed at incorporating non-economic elements, such as environmental and societal concerns, into a long-term vision of society. Competition law seems, therefore, one of those obvious candidates for change to organize society on a sustainable footing".

marked by the partnership of economic and environmental interests aimed at sustainable development.

In contrast, Wilk (2013) examines whether policymakers could improve the effectiveness of their decision using (environmental and ecological) economists' contribution with regard to possible negative environmental assessments, in searching for efficiency and to internalize externalities, based upon the growing use of economic regulations of markets in parallel with the development of environmental policy in the European Union. To this end, he analyzes cases related to waste disposal, energy savings and sustainable use of natural resources. These cases indicate the need to perform Cost Benefit Analysis – CBA, aiming to point out (economic) efficiency in line with the Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU.

The TFEU forbids agreements between firms which may harm trade between Member States and which have the effect of preventing, restricting or distorting competition on the internal market (Art. 101). It follows that Article 102 inhibits abuse of the dominant position if this is detrimental to that trade (FORGIONI, 2013, p. 131). However, paragraph 3rd of Article 101 brings an exception to the prohibition of any agreement between undertakings that could affect trade between Member States (agreements with anti-competitive effects) if these negative effects are overcome by gains (benefits) of efficiency.

Wilk (2013) points out that more importantly, in recent years, EU competition authorities, driven by an efficiency criterion, agreed that the central importance of competition law is consumer welfare. Thus, we perceive the importance and impact of economic theory on competition law⁶. This exception in the European Union seems, in a way, to highlight the limits of an environmental policy in confrontation with competitive policy provided that there is gain in efficiency. However, it is surprising that little few is discussed in the literature about the existing relationships between environmental law and competitive law⁷. That is, can environmental legislation cohabit the same setting as competition law? What are the environmental implications on competition law?

These questions are explored by Gerbrandy (2012). She points to conflicts between Europe's competition law and sustainability objectives. These conflicts result in a shock of values in a "sustainable society" and she investigates what the actual problem behind these conflicts, since there are immediately two possible solutions: a) to change competition law to accommodate sustainability; or b) to remove sustainability restrictions. Gerbrandy does not recognize her limited concept of sustainability (as meaning zero growth from H. Daly) and her perception of competition law as exclusively based upon economic aspects, in particular on increasing consumer material well-being.

It is evident that she uses two concepts that present distortions. As we pointed out earlier first, there is a narrow view of the concept of consumer well-being, which is restrict it to material goods at non-increasing prices, as it does not incorporate the environment as

6 WILK, Bartłomiej S. *The Application of Environmental Policies to Competition Law. What can be the influence of environmental and ecological economics in the balancing of article 101(3) TFEU?* Assessment on the example of energy savings, waste disposal and natural resources use cases. Poland: Het Europa Instituut Utrecht, 2013, p 12: "The importance of economics became obvious if only looking at the key concepts of competition law derived from this science. The increased impact of economic theory can be also reasoned from even more frequent use of empirical techniques by policy makers. Most importantly, in recent years the EU competition authorities, driven by an efficiency criterion, have agreed that the central importance of competition law is consumer welfare".

7 Among Brazilian scholars, very few have addressed the subject. Guimarães (2003) considers public civil action as a possible and common instrument of protection and guardianship, both of the environment and competition. However, it does not present any relationship between such rights. Jaeger Junior (2013) sets out the existence of a conflict between business competition and environmental protection by examining legislative competence in the process of integrating the European Union specifically in the case with emissions of toxic gases into the atmosphere. The author explores that in economic processes of integration of the European Union, competition is a certain step ahead of the environment in terms of internal market policies, when dealing with legislative competence, except fauna and flora. Still, does he question who would have the power to issue a directive to match the competitiveness of companies with a particular product? Would it be through devices related to the common market, internal market or the environment? The solution was via the internal market, that is, the author positions that there has been an overcoming of competition policy in the face of environmental policy. However, Jaeger Junior seems to mistakenly mix concepts of competition and competitiveness.

component of consumer's well-being. Second, there is a reductionist view of economic growth. If consumer's well-being consumption is only material wealth; and if development entails sustainable losses, then sustainability does not enter the competition law. In a framework like hers there is difficult to achieve compatibility between sustainable development, based upon an efficient and controlled exploitation of economic activities, and the defense of competition from the perspective of the precautionary principle.

It is, therefore, apparent in the international literature the maintenance of a controversy. On the one hand, there are those who point to compatibility between antitrust policy and environmental protection. On the other hand, others argue that there is no compatibility between competition and environmental considerations. The Brazilian legislation seems to be an example of the latter. This is the argument of Munhoz (2006) by saying that the Brazilian model of competition, embodied in competition law and policy, promotes, or at least can promote, development. Since its elements and objectives are compatible with the pursuit of development – this is understood as a process, in which freedoms (such as initiative or choice) constitute both instrument and end. Furthermore, an essential component of it, is the awareness of the importance of defending the competitive process in the market, aiming to assist in promoting the development process and not any defense of competition.

A less optimistic view is that by Forgioni (2013), who reminds us that agreements between economic agents often tend to enable the reproduction of monopolistic conditions. For this reason, they are traditionally regulated by antitrust laws. In this sense, companies operating in the same relevant market tend to conclude (horizontal) agreements in order to neutralize competition between them. Therefore, it remains to be known whether such agreements between competitors allow a gain only to the companies involved (players) or if the same gain reaches consumers as environmental requirements have been met. In this case, is it possible to talk about environmental gain/benefit in the face of an illicit cartel crime? Since a cartel is undesirable to society, given that a cartel is an agreement to fix prices or quantities.

Responsibility for preserving the environment, in order direction, is not only individual, but, on the contrary, collective, in charge of humanity, without exception. This is one of the most prominent and important issues lately. This global responsibility stems from the fact that the political, historical and geographical division of peoples is not respected by the forces that make up the environment. However, in terms of regulation, some economists position that the main advantage when using environmental (or green or ecological) tariffs or taxes is that they allow the correction of market price distortions by incorporating environmental and environmental costs to them and costs due to pollution generated in the production process. It would be a pricing mechanism and consideration of the polluter pays principle that internalizes possible externalities (ROCHA, 2014, e MARTINS and ROSSIGNOLLI, 2018).

In this context, it is worth mentioning the results of the analysis of two authors from Kansai University, Osaka, Japan. They examine the effects of antitrust policy (the prohibition of price discrimination of inputs in two cases) when an emission fee is used for environmental protection. In the first case, the Environmental Protection Agency – EPA uses the same emissions tax rate, regardless of the pricing regime. In the second, the EPA differentiates between the tax rates of two pricing schemes aimed at maximizing social welfare. In both cases, the authors demonstrate that antitrust policy (regarding the prohibition of an entry price) reduces total emission and improves social well-being. In addition, it increases the effectiveness of pollution taxation. That is, there were two gains in well-being: production and environmental efficiency. They demonstrate that antitrust policy reduces the emission of pollutants and improves social well-being by contributing to environmental protection⁸.

⁸ MATSUMOTO, Shigeru; SUGETA, Hajime *Antitrust Policy and Environmental Protection: Economics Bulletin*, Osaka, Japão, v.17, n. 2, p. 1-10, 2007.

4 LAW AND ECONOMICS PERSPECTIVE - A BRAZILIAN CASE STUDY

/A survey carried out at the Brazilian Administrative and Economic Council for Defense of Competition (CADE) revealed a small number of references to environmental issues in its defense of completion analyses, whether in conduct or in concentration. Depending on the data search on the CADE website, it is possible to identify 38 documents (out of 677 processes or 5,6%) involving the term “environment” between 2000 and 2019, i.e. for the last almost twenty years⁹. After analyzing all of them, we identified just 15 (fifteen) administrative processes that address the environment in their analyses, whether direct or indirectly.

Furthermore, it is worth noting that the research carried out with the keyword “environment” was not able to include some administrative processes that necessarily permeate the environmental variable. Most of the environmental approach occurs in reports from competing companies such as: i) in the complaint of the competitor for an environmental crime; ii) explanations about the purpose and characteristics of the product offered on the market; or iii) adjustments and union between companies in order to reduce regulatory costs and increase environmental. It happens that CADE warns in 2 or 3 processes, that there are special regulatory requirements of environmental and health surveillance agencies, or even, for such bodies to review their saturation capacities in the environment in order not to have such a small market.

It is clear that rarely an environment assessment analysis is carried out by CADE. Not even, he asked the county or state environmental agencies about the support capacity or limit of saturation of the area to receive a given operation from the act of concentration. It is necessary that such decisions do not remain sealed in the “competitive regulation” body given that there is an overlap of business and environmental activities. It remains to be seen why CADE does not consider in its decisions the analysis of the possible competitive implications upon the environmental law, since CADE itself enables the economic and financial enlargement of a company.

It is true, however, that analyzing environmental mergers and conduct at CADE would not completely remove environmental damage and would not even refute products that are neglected environmentally in the market. Nevertheless, states and counties could work in line with the concerns of environmental agencies aiming at fair competition in a healthy environment. Volkswagen’s collective fraud in adulterating its diesel vehicles around the world is notorious as an example that shall not be followed¹⁰. In a much smaller scale, there are also Brazilian examples of the consequences of neglecting the interfaces competition law and environmental law.

An administrative process, known as the Sand Cartel, prompted the Public Prosecutor’s Office of the State of Paraná (Loanda district) to sign a Conduct Adjustment Term (TAC)¹¹, on May 24, 2000, with some sand extracting companies aiming to preserve and recover the areas of permanent preservation located on the banks of the Paraná River, municipalities of São Pedro do Paraná, Porto Rico and Marilena (State of Paraná, Brazil). Thus, an association was created to comply with the terms of the TAC. However, they took advantage of the association’s

⁹ The result of the research carried out in CADE: 2 preparatory procedure; 3 administrative inquiry, 1 ordinary concentration act; 15 administrative proceeding and 6 summary merger act.

¹⁰ The fraud, discovered in September 2015 by the US environmental agency (EPA), attempted to manipulate pollutant emissions tests by installing software in their cars. This affected 11 million cars in the world, those expected to emit nitrogen oxides up to forty times higher than allowed in the United States of America; as well as economic consequences such as the 35% fall of its shares on the Frankfurt Stock Exchange which resulted in a loss of 26.45 billion euros. In other words, the falsification of environmental control had an impact on the market.

¹¹ This is an administrative proceeding pending at CADE, under nº 08012.004430 / 2002-43 regarding the influence of uniform commercial conduct with analysis of a cartel in the sand mining market for civil construction, in the northwest region of the State of Paraná, between 2000 to 2002.

transparency structure for the practice of antitrust offenses. In other words, does CADE's analysis include the environmental obligations listed in that term? In what parameters? Let's us see.

The antitrust authority instituted an administrative proceeding on June 13, 2002, to determine the possible violation of the economic order in view of the representation of the Retail Trade Union of Hardware, Paints, Wood, Electrical, Hydraulic and Construction Materials of Maringá and Region - SIMATEC, to the detriment of sand extraction companies in the northwestern region of Paraná. The CADE alleged to the Prosecutor's Office of Paraná that nine mining companies (represented) met through an association to promote, since 2000, an artificial and simultaneous increase in the prices of the cubic meter of washed sand. There was an increase of up to 240%, in the same period and without any justified reason. Furthermore, they extracted washed sand from the Paraná River to supply the entire market in the aforementioned region and used the Association of Sand Extractive Industries of the Northwest of Paraná - APA for the meetings of the alleged denounced cartel.

Among some opinions, the Federal Public Prosecutor's Office stands out, stating that the evidence in the case file was convincing for proving the conduct imputed to those represented. In addition, the justifications of those represented were not economically reasonable, which left no doubt that the conduct adopted had as its sole objective the abusive increase of prices in the period under analysis. In addition, those represented used APA meetings to exchange commercially sensitive information and agree on competitive variables, such as sales conditions.

It is clear, from the above, that in all procedural analysis of the aforementioned case, there was no discussion of the possible intersection of environmental law and competition law, but only at the end of the analysis after the vote of the Reporting Councilor. The proposal was appropriate, since the parties planned a solution that would combine the environmental concern of the MPE/PR TAC and the competitive concern arising from the transparency generated with the joint administration of the terminal. In this sense, despite the lack of collaboration with the investigation, there is a proposal to increase internal rules to promote competition in order to produce a negotiated solution to the anti-competitive impasses that permeate the terminal. Finally, the represented companies, the Environmental Institute of Paraná - IAP, and four municipalities signed a Commitment Adjustment Agreement with the Public Ministry of the State of Paraná in the District of Loanda.

That said, we ask what was the reason for the celebration of the Term of Commitment for Termination of Conduct - TCC¹², since the CADE Court already had sufficient evidence to judge the case? CADE teaches us that the agreements can represent superlative gains in the investigative action, they can sabotage the union between accomplices, give immediate effect to the decision of CADE and allow this autarchy to interfere in the functioning of companies, under the competitive bias, beyond what would be possible by purely imposing means and, at the same time, allow to make this interference as less invasive as possible, since the precise details of state interference are the result of a dialogued relationship with the sanctioned.

However, the TCC was not concluded in the instructional phase or in the context of complementary instruction, but in the late procedural phase. To this end, the Court justified the exceptionality, as the parties proposed a solution that would combine the environmental concern of the MPE / PR TAC and the competitive concern arising from the transparency generated with the joint administration of the terminal. Thus, there was a plea of guilt by the

¹² About TCC in Brazil. Law 12.529/11 does not regulate the matter in a specific way to sign the Term of Commitment for Termination of Conduct. It is up to the administration to define the issue by means of complementary rules (art. 85, §3). Thus, the possible negotiations of agreements, represent a judgment of convenience and opportunity of the Public Administration in receiving a pecuniary contribution from the proponent in exchange for several behavioral and proactive obligations in favor of the competition, according to the position of the Rapporteur Counselor of the case in question.

commissaries, the obligation to cease conduct, and the proposal delegated the management of the terminal by an independent third party; as well as the provision of mechanisms regarding the automatic expansion of the joint installed capacity of the terminal without the need for prior consultation with members when it reaches low idle capacity (at the terminal).

FINAL REMARKS

The environmental issue is so broad and so significant that it is one of the most prominent issues today, with discussions and attempts, in different countries and in different matters aiming at solutions, prevention and repression of the damages that result, either in rich and developed countries, or in poor and underdeveloped ones. However, in Brazil there is a lack of studies that seek to highlight the interfaces between environmental law and competition law.

The small number of processes analyzed in previous section demonstrates the little attention given to the environmental variable when analyzing competition by CADE. It is true that the laws are different and there is no apparent conflict of standards. However, the little literature points to the need for joint analysis and not to move towards a conflicting analysis. It is important to avoid negative environmental results and not only to envisage the end of undesirable anticompetitive behaviors to the market and to the collective (consumer). Therefore, it is necessary to consider that consumer well-being is not just material wealth and that development encompasses economic growth with environmental quality.

Our analysis showed some gaps in the knowledge of the topic treated - the interface between Environmental Law and Competition Law. The follow-up carried out by CADE, whether in conduct or concentration, may in a way provide an increase in the productive capacity of the companies involved. This can directly or indirectly affect the environment. And for that, it is necessary that the environmental agency at local and/or regional level must ALWAYS be asked about the support capacity or limit of saturation of the environment to receive such operation. Therefore, it is imperative that decisions are not blocked by the competitive “regulatory” body, but that there is an overlap of business and environmental activities, given that CADE itself is, in a certain way, enabling the financial and economic growth of a company.

As suggestions for future studies, we recommend researching reasons for the restriction and reduced intention to implement discussions regarding the competitive implications in Environmental Law. Furthermore, we understand that in the analysis of development, the role of elementary business ethics has to be removed from obscurity and admit a clear recognition according to Amartya Sen’s warnings. It is true that this valuation is subjective, as it depends on real human behavior, but it will also be complex because it involves the personal will and the usefulness factor of this product for each individual / buyer; but before that, the product must be offered to the market in an environment that is literally clean and comes from fair and sustainable competition.

REFERENCES

ARAÚJO, Romana Coêlho de. *Valoração Econômica do Dano Ambiental em Inquérito Civil Público*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

BARROS, R. L. P. *Gestão ambiental empresarial*. Rio de Janeiro: FGV, 2013

BASSANI, Matheus Linck. *O Direito da Concorrência e a Energia Renovável: Promoção do Desenvolvimento na União Europeia*. Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia, v. 4, p. 3-22, 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Lei de Crimes Ambientais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.

BRASIL. *Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Lei de Defesa da Concorrência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 28 abr. 2015.

BRASIL. *Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/l9605.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 mar, 2015. Seção 1, p. 35.

CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo e CATÃO, Adrualdo de Lima. (Auto) *Regulação do Mercado, Direito Concorrencial e Análise Econômica do Direito: é possível uma concorrência perfeita?* **Direito e Desenvolvimento**, Vol. 8, No. 1, 2017, p. 179-196.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.004430/2002-43. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/processual/pesquisa>>. Acesso em 26 abril. 2015.

DUARTE, Juliana Ferreira Antunes; SILVA, Thiago de Carvalho. *Defesa da concorrência, proteção ao meio ambiente e humanismo*. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3368, 20 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22650>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FORGIONI, Paula A., *Os fundamentos do antitruste*, 6. ed., revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FRIEDMAN, D. *Rational criminals and profit-maximizing police: Gary Becker's contribution to the economic analysis of law and law enforcement*. In: Tommasi, M.; Ierulli, K. (Ed.). *The new economics of human behavior*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 43-58. Disponível em: <www.daviddfriedman.com>. Acesso em: 7 fev. 2002.

_____. *Review of economic analysis of accident law (by Steven Shavell)*. In: Eatwell, J.; Milgate M.; Newman, P. (Ed.). *The new palgrave: a dictionary of economic theory and doctrine*. Macmillan, 1987. Disponível em: <www.daviddfriedman.com>. Acesso em: 7 fev. 2002.

GERBRANDY, Anna, *Competition Law and Sustainable Development*. An inquiry by legal essay, Poland: The Europa Institute Utrecht, 2012.

GICO Junior, I. T., *Cartel, Teoria Unificada da Colusão*. São Paulo: LEX, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17 ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015.

GUIMARÃES, Luiz Geraldo Floeter. *Ação Civil Pública na Tutela do Meio Ambiente e da Concorrência*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 26 de set. de 2003. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1511/acao_civil_publica_na_tutela_do_meio_ambiente_e_da_concorrencia>. Acesso em: 2 set. 2015.

GUSTIN M.B.S.; DIAS, M.T.F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Rio de Janeiro: Del Rey, 2006.

HUSSEN, A. M. The economics of environmental regulation. In: *Principles of environmental economics, ecology and public policy*. London; New York: Routledge, 1999.

JABBOUR, C.J.C; TEIXEIRA, A.A; JABBOUR, A.B.L.S; FREITAS, W.R.S.F. “Verdes e Competitivas?” A Influência da Gestão Ambiental do Desempenho Operacional de Empresas Brasileiras. **Ambiente & Sociedade**. São Paulo v. XV, n. 2, p. 151-172, maio-ago. 2012.

JURISDIÇÃO. MPF. Parecer MPF nº 124. Sady d’Assumpção Torres Filho, Brasília, 2014, p. 16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/processual/pesquisa_processual. Acesso em: 2 set. 2019.

JURISDIÇÃO. CADE. Voto CADE PA 08012.004430/2002-43. Márcio de Oliveira Junior, Brasília, 2014, item 76. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/processual/pesquisa_processual. Acesso em: 2 set. 2019.

KIM, Hajin, *The Good, The Bad, And The Ugly: Ecolabel Certification Impacts On Competition For Environmental Quality Provision, San Francisco, EUA: Stanford Law School, 2014*. Disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=2394296>> Acesso em: 2 set. 2015.

MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Regina Célia Carvalho e ROSSIGNOLI, Marisa. *Desenvolvimento Econômico Sustentável. E as Externalidades Ambientais*. **Direito e Desenvolvimento**, Vol. 9, n. 2, 2018, p. 137-154.

MATSUMOTO, Shigeru; SUGETA, Hajime *Antitrust Policy and Environmental Protection.: Economics Bulletin*, Osaka, Japão, v.17, n. 2, p. 1-10, 2007. Disponível em: <<http://economicsbulletin.vanderbilt.edu/2007/volume17/EB-06Q20004A.pdf>>. Acesso em 2 set. 2015.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 137.

NAZAR, Nelson. *Direito Econômico e o Contrato de Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ONU, *Relatório Nosso Futuro Comum*, Nova Iorque, 1987.

POLANYI, Karl. *A Grande Transformação – As origens da Nossa Época*. 2ª Ed., trad. De Fanny Wrobel. Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 161 e 163.

ROCHA, Lilian Rose Lemos, *Instrumentos Econômicos Aplicados à Regulação Ambiental: o exemplo da tributação ambiental no Brasil*. Brasília: Abecer, 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial – as condutas*, São Paulo: Malheiros, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial*, São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002, v.1

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

STIGLITZ, J.E.; WALH, C.E. *Introdução à microeconomia*. [Tradução da 3. ed. americana]. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

WILK, Bartłomiej S. *The Application of Environmental Policies to Competition Law. What can be the influence of environmental and ecological economics in the balancing of article 101(3) TFEU? Assessment on the example of energy savings, waste disposal and natural resources use cases*. Poland: Het Europa Instituut Utrecht, 2013. Disponível em: <<http://renforce.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2013/12/Bartłomiej-Wilk-law-and-sustainability-research-paper.pdf>>. Acesso em 21 maio 2015.

WILK, Bartłomiej S, *The main goal of environmental policy is to limit the harmful effects of Commerce on the environment*, 2013.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

OS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS NA DITADURA
MILITAR: TENSÕES SOBRE DESENVOLVIMENTO
E VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

RAFAEL LAMERA Giesta CABRAL
VITÓRIA LARISSA DANTAS DE MORAIS

OS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS NA DITADURA MILITAR: TENSÕES SOBRE DESENVOLVIMENTO E VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

BRAZILIAN INDIGENOUS PEOPLE IN MILITARY DICTATORSHIP: TENSIONS ABOUT DEVELOPMENT AND HUMAN RIGHTS VIOLATION

Recebido: 13/04/2020
Aprovado: 26/06/2020

Rafael Lamera Giesta Cabral¹
Vitória Larissa Dantas de Moraes²

RESUMO:

Este artigo buscou analisar a violação de direitos fundamentais dos indígenas brasileiros durante a ditadura militar no Brasil, dentro do marco desenvolvimentista que caracterizou o período de 1964-1985. Para atingir o objetivo, essa pesquisa utilizou como fonte documental o Relatório da Comissão Nacional da Verdade, que possui seção específica sobre os povos indígenas. Ao lado das fontes documentais, realizou-se pesquisa bibliográfica, a fim de problematizar as principais violações desse período, a partir do campo dos estudos da história do tempo presente. Como resultado, observa-se a violação aos direitos indígenas foi camuflada sobre o argumento de que os indígenas eram um empecilho para o desenvolvimento do país, com consequências no presente.

Palavras-chave: Índios. Ditadura. Violação. Direitos. CNV.

ABSTRACT:

This article sought to analyse the violation of fundamental rights of Brazilian indigenous people during the military dictatorship in Brazil, during the desenvolvimentist mark which characterized the period of 1964-1985. To achieve the objective, this research used as a documentary source the Report made by the National Truth Report, which has a specific section about indigenous people. Besides the documentary sources, a bibliographic research was realized, in order to problematize the main violations of this period, based on the studies of the present time's history. As result, it was possible to observe that the violation of indigenous rights was camouflaged by the argument that Indians were an obstacle to the development of the country, which brought consequences for the present.

Keywords: Indians. Dictatorship. Violation. Rights. NTC.

Classificação Journal of Economic Literature (JEL): K10, K38 (Human Rights Law; Gender Law).

¹ Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB (2016). Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de São Carlos - UFSCar (2010) e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS (2007). Atualmente, é professor adjunto no curso de Direito e Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (Mestrado Acadêmico) e docente no Programa de Pós-Graduação em Administração Pública (PROFIAP Mestrado Profissional) da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). E-mail: rafaelcabral@ufersa.edu.br

² Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). É estagiária de pós-graduação no programa de Residência da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte, atuando na área cível. Bacharela em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA).. E-mail: vitorialarissa@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, as violações aos direitos indígenas têm se acentuado. Com práticas cada vez mais articuladas, os homicídios de lideranças indígenas têm-se naturalizado em vários estados do país.

Os homicídios perpetrados contra os indígenas da etnia Guajajara, no estado do Maranhão, podem ser um bom exemplo desse cenário, sobretudo pelas disputas territoriais entre grileiros, fazendeiros e indígenas, que enfrentam uma onda de invasões e roubos de madeira em seu território.

Essas demandas do tempo presente têm mobilizado pesquisadores das mais diversas áreas do conhecimento e os colocados em estado de atenção: as mudanças na política indigenista da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, instauradas a partir do Governo Federal (2019-?), o incentivo às narrativas de que os indígenas são improdutivos e que, por essa razão, suas terras devem ser exploradas (minério, hidrelétricas e pastagens para animais), somadas as disputas territoriais dos indígenas, impactados com a Súmula 650, do Supremo Tribunal Federal - STF, completam o cenário de preocupações.

A Súmula 650, do STF, consolidou o entendimento na corte de um marco temporal para o reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, em caso de disputas territoriais, que passaria a levar em consideração a data de 05 de outubro de 1988, quando a Constituição Federal de 1988 foi promulgada.

As reações dos índios e das entidades da sociedade civil de proteção aos direitos indígenas foram imediatas e levantaram um problema relevante, mas ignorado pelo STF: a ditadura militar também incluiu os povos indígenas dentro do marco da Doutrina da Segurança Nacional – DSN, considerando-os inimigos internos, com tendências a impedir o desenvolvimento do país. A consequência imediata desse movimento, não exclusivo do tempo da ditadura militar, mas aprimorado a partir dessa experiência autoritária, foi o remanejamento involuntário dos indígenas de suas terras tradicionais.

O objetivo deste artigo foi investigar, a partir da narrativa produzida pelo Relatório da Comissão Nacional da Verdade – CNV, as graves violações aos direitos indígenas promovidos ao tempo da ditadura militar pelos agentes de Estado, caracterizada contextualmente dentro do marco do desenvolvimentismo, imposto pela política econômica do governo militar.

Para tratar do tema com mais profundidade, a CNV elaborou um Relatório, entre 2012 e 2014, que investigou e descreveu o cenário do país durante o período em comento. Como parte do projeto do Grupo de Trabalho da Comissão Nacional da Verdade sobre Graves Violações de Direitos Humanos no Campo ou Contra Indígenas, foi escrito um capítulo inteiramente destinado à crise vivenciada pelos povos indígenas brasileiros.

O capítulo do Relatório que falava sobre a temática indígena conta com pouco mais de 50 páginas e retrata violações aos Direitos Humanos desses povos durante a ditadura militar. São vários exemplos, desde remoções forçadas a contaminações propositais, promovidas por agentes de Estado, via órgãos que deveriam oferecer proteção àqueles povos, como o Serviço de Proteção ao Índio – SPI e a Fundação Nacional do Índio – FUNAI.

Apesar de o próprio Relatório assumir suas limitações em razão da grande possibilidade de se desconhecer inúmeros casos, seu conteúdo contém grande avanço para a temática indígena.

A iniciativa faz parte de uma série de projetos de Justiça de Transição que buscam trazer visibilidade àqueles que foram vítimas das arbitrariedades cometidas em um período repleto de ilegalidades. A Justiça de Transição, que pode ser definida como um conjunto de ações e estudos que visam superar momentos de conflito e de violação de direitos humanos contra

determinado grupo social, tem como base a promoção dos direitos à Memória e à Verdade (VAN ZYL, 2009; SELIGMANN-SILVA, 2009; SANTOS, 2009; MARQUES, 2018).

Tais direitos, por sua vez, têm como objetivo trazer, com transparência, o que de fato ocorreu em determinado período, fazendo com que a sociedade conheça os diversos crimes cometidos, bem como as vítimas, os culpados e os danos causados. A Comissão Nacional da Verdade buscou, portanto, trazer à tona a verdade acerca dos acontecimentos do período militar, desmistificando e desmentindo fatos ocultados ou omitidos pelo governo da época.

Teoricamente, essa investigação está amparada no campo da História do Direito, com aderência na história do tempo presente, que se tem voltado para analisar as rupturas e ou permanências do passado no presente (DELGADO; FERREIRA, 2013).

Para que o objetivo fosse alcançado, fontes documental e bibliográfica foram mobilizadas a partir do Relatório da CNV, que possui um capítulo específico para tratar das violações aos direitos dos povos indígenas, e de pesquisas produzidas por historiadores, antropólogos e juristas (publicadas em livros, artigos especializados e em dissertações e teses).

Essa pesquisa foi organizada em três partes: na primeira, esboçou-se a legislação indigenista na ditadura militar com o contexto desenvolvimentista da ditadura militar; nas duas últimas, respectivamente, avançou-se sobre a abordagem do Relatório da CNV, com destaque às violações aos direitos humanos.

1 A LEGISLAÇÃO INDIGENISTA E O DESENVOLVIMENTISMO NACIONAL NA DITADURA MILITAR

A memória ativa sobre o período ditatorial vivenciado no Brasil após o Golpe de 1964, remonta a uma disputa de narrativas que caracterizam o tempo presente: no mesmo momento em que é possível reconhecer que houve violações de direitos em grande parte do país, com torturas contra os que defendiam a democracia ou a causa revolucionária, de censura aos intelectuais nas universidades, de atividades jornalísticas e de artes, como os teatros, também é possível registrar as teses negacionistas ou da “pós-verdade”, que ancoradas no anti-intelectualismo, defendem o período da ditadura militar (em tom saudosista) como uma medida necessária para livrar o país do comunismo.

Sem negar os pressupostos de cada uma dessas abordagens, que não só podem como devem ser problematizadas, há determinados postulados científicos que, se forem negligenciados, promovem revisionismos que só dialogam com o senso comum, que sempre está livre ao sabor das circunstâncias políticas de polarização do presente.

Esse cuidado *a priori* aplica-se ao tipo de teoria que se busca desvelar as violações dos direitos dos povos indígenas no presente. O retorno ao passado permite reinterpretar esses dilemas. A seguir, passa-se a explorar um histórico da legislação indigenista, com especial atenção ao período da ditadura militar.

A normatização e proteção dos assuntos atinentes aos povos indígenas se deu por meio de um processo lento e gradual, intermediado pelo Serviço de Proteção ao Índio – SPI. No Código Civil de 1916, os índios foram incluídos no rol de relativamente incapazes.³ Além disso, até 1926, as questões indígenas ainda estavam muito atreladas à igreja e à ação missionária (PAULETTI, 2000).

A ruptura ocorreu com o Decreto nº 5.484, de 24 de junho de 1926, que retirou o caráter religioso e missionário do trabalho desenvolvido junto às populações indígenas, apesar de não

³ Para a evolução no tratamento penal, ver Silva (2017).

ter estabelecido nenhuma proibição no que se refere à continuidade das atividades missionárias (SOUZA FILHO, 2012).

Em 1934, os índios brasileiros tiveram seus direitos tutelados pela Constituição, a qual reconheceu, em seu art. 129, o respeito à posse de terras indígenas, vedando, ainda, a possibilidade de alienação dessas terras. Por último, atribuiu à União a competência para elaborar normas acerca da incorporação dos silvícolas – termo utilizado à época – à comunidade nacional.

Até então, o ordenamento jurídico brasileiro tratava o índio como incapaz, além de ser constantemente defendida a necessidade de integração à sociedade. Por isso, lhe era conferido um regime diferenciado de proteção. Com a Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, ficou estabelecido que os povos indígenas ficariam sujeitos ao regime da tutela, que cessaria após a adaptação à sociedade não-índia. Nesse período, a figura da incapacidade passou a ser atribuída somente àqueles que ainda não estavam incorporados ao que se considerava sociedade civilizada, termo e conceito hoje já ultrapassados (BARRETO, 2014).

O Serviço de Proteção ao Índio funcionou até 1967, já na ditadura militar, quando foi substituído pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI. A história do SPI, além de controversa, reflete uma política indigenista questionável sob todos os ângulos possíveis.⁴ O instituto surgiu em decorrência tanto dos problemas e crises internas em relação aos povos indígenas, quanto da pressão internacional contra o Brasil, acusado de massacres aos índios já em 1908, no XVI Congresso de Americanistas, em Viena (Áustria), segundo relata Abreu (2001), e foi extinto em decorrência de uma CPI, fartamente documentada pelo Relatório Jarbas Figueiredo.⁵

Em apenas parte de um fragmento do Relatório Figueiredo (BRASIL, 1968, p. 4.912), registrou-se que “a Comissão constatou, de início, a geral corrupção e anarquia total imperantes no SPI em toda a sua área, também através dos tempos. A gama inteira de crimes ali se praticavam, ferindo as normas do Estatuto, do Código Penal e do Código Civil”. Mais à frente, o relatório informava que:

Os delitos cometidos podem ser apresentados grupados por espécie, conforme o esquema abaixo:

1. CRIMES CONTRA A PESSOA E A PROPRIEDADE DO ÍNDIO
 - 1.1 Assassinatos de índios (individuais e coletivos: tribos)
 - 1.2 Prostituição de índias
 - 1.3 Sevícias
 - 1.4 Trabalho escravo
 - 1.5 Usurpação do trabalho do índio
 - 1.6 Apropriação e desvio de recursos oriundos do patrimônio indígena
 - 1.7 Dilapidação do patrimônio indígena
 - a) Venda de gado
 - b) Arrendamento de terras
 - c) Venda de madeiras
 - d) Exploração de minérios
 - e) Venda de castanha e outros produtos de atividade extrativistas e de colheita
 - f) Venda de produtos de artesanato indígena
 - g) Doação criminosa de terras
 - h) Venda de veículos
2. ALCANCE DE IMPORTÂNCIAS INCALCULÁVEIS
3. ADULTERAÇÃO DE DOCUMENTOS OFICIAIS
4. FRAUDE EM PROCESSO DE COMPROVAÇÃO DE CONTAS
5. DESVIO DE VERBAS ORÇAMENTÁRIAS
6. APLICAÇÃO IRREGULAR DE DINHEIROS PÚBLICOS

⁴ Para maiores detalhes, ver Freire, 2011.

⁵ O relatório foi considerado perdido por aproximadamente 40 anos. Redescoberto, o Relatório Figueiredo pode ser acessado no portal eletrônico do Museu do Índio, disponível em: < <http://www.docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=museudoindio>>.

7. OMISSÕES DOLOSAS
8. ADMISSÕES FRAUDULENTAS DE FUNCIONÁRIOS
9. INCÚRIA ADMINISTRATIVA.

Tamanhos são os crimes. O Serviço de Proteção aos Índios degenerou a ponto de persegui-los até ao extermínio. Relembrem-se aqui os vários massacres, muitos dos quais denunciados como escândalo, sem, todavia, merecer maior interesse das autoridades. (BRASIL, 1968, p. 4915-6).

A FUNAI surgiu em meio a um complexo legado deixado pelo SPI, mas que na essência não se diferenciou muito de outros problemas comuns à gestão indígena. Um dos elementos fundamentais para esse cenário foi a vinculação do novo instituto ao Ministério do Interior.

Os objetivos da FUNAI, que atendia aos reclamos de uma política fortemente marcada pela perspectiva assimilacionista, e do Ministério do Interior se compenetraram com os planos de defesa nacional, construção de estradas, hidrelétricas e ocupação territorial por meio de fazendas.

A narrativa a ser produzida, em média e longa escala, era identificar no índio ou comunidade indígena resistente a pecha de entrave ao desenvolvimento nacional. O movimento desenvolvimentista da ditadura militar foi muito mais agressivo que o já iniciado por Getúlio Vargas na década de 1940 com as “Marchas para o Oeste”. Com aquela política de colonização, o governo de Getúlio Vargas, em apoio aos governos estaduais que já haviam promovido a ocupação de terras indígenas, como as do Estado do Paraná,⁶ implementou uma ação federal de exploração e ocupação do Centro-Oeste por colonos, que, segundo o CNV (BRASIL, 2014a, p. 206), “conta[tava] populações indígenas isoladas e favore[cia] a invasão e titulação de terras indígenas a terceiros”.

Com o endurecimento da política indigenista, a partir do Ato Institucional n. 5 – AI-5, criam-se modificações que – a médio e longo prazo – favorecem o desmantelamento do sistema protetivo. Organizam-se prisões para os indígenas (um dos mais famosos foi o Reformatório Krenak e a Fazenda Guarani, em Minas Gerais), remoção forçada de índios para aldeamentos ocupados por inimigos tradicionais entre as etnias, e passam a compreender os índios como virtuais inimigos internos, em nome da segurança nacional. Fomenta-se a organização de uma guarda rural indígena (GRIN), em 1969,

[...] que recruta índios ao longo, sobretudo, do Araguaia e do Tocantins, além de Minas Gerais, para atuarem como força de polícia nas áreas indígenas. A princípio festejada, a GRIN foi acusada em um inquérito proveniente da Chefia da Divisão de Segurança e Informação do Ministério do Interior de arbitrariedades, espancamentos e abusos de toda sorte (BRASIL, 2014a, p. 212).

Além de sem terras e incitados em conflitos fundiários, a CNV constatou uma profunda omissão na política de saúde a partir de 1969, ao lado de uma forte política de assimilação cultural preconizada pelo plano de desenvolvimentismo do Estado que se caracterizou como um programa de etnocídio. Ao se descaracterizar os índios como sujeitos de direitos, promoveu-se uma desagregação social, como mortandades e massacres, com profunda perseguição política ao movimento indígena.

O custo social, político, econômico e cultural para manter essa narrativa foi destrutivo. No entanto, corresponde a um controle sobre uma dimensão da memória social que se projeta para o futuro. Ser indígena em Mato Grosso do Sul ou em outros estados com conflitos

⁶ No relatório, registra-se que “entre 1930 e 1960, o governo do Estado do Paraná titula terras indígenas para empresas de colonização e particulares no oeste do estado. O governo Moysés Lupion, em particular, notabiliza-se por práticas de espoliação de terras indígenas. Os interesses econômicos de proprietários se faziam representar nas instâncias de poder local para pressionar o avanço da fronteira agrícola sobre áreas indígenas” (BRASIL, 2014a, p. 206).

territoriais é desafiar um legado de preconceitos que foram construídos nos espaços público, privado, institucional, político, religioso, cultural e social (CABRAL, 2020).

A ditadura militar exerceu grande influência nesse movimento. Os relatos apontados no relatório da CNV são um bom indicativo para compreendermos alguns pontos de partida. Embora tenha atuação abrangente, o relatório deixou pistas para futuras investigações, com informações e dados suficientes para a construção de um belo programa de pesquisa sobre os indígenas na ditadura militar

Durante o período militar, vale ressaltar os dispositivos inseridos na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/69. Uma das grandes inovações foi a inclusão de um dispositivo que atribuía as terras indígenas ao patrimônio da União. Isso significa dizer que estaria afastado o processo de esbulho que vinha sendo praticado, além de ter centralizado definitivamente a questão indígena na esfera federal (ARAÚJO, 2006).

A partir de então, foi reconhecido também o direito do usufruto exclusivo dos recursos naturais presentes nas terras pelos próprios indígenas. Isso significa dizer que esses povos poderiam se utilizar de instrumentos jurídicos para proteger e lutar contra o desrespeito dessa garantia seja por fazendeiros, mineradoras e até órgãos governamentais. Essa foi uma grande novidade legislativa (ARAÚJO, 2006).

No que diz respeito à Constituição de 1969, nos parágrafos 1º e 2º do seu artigo 198, passaram a prever a nulidade e a extinção dos atos que tratassem da posse das terras indígenas, excluindo qualquer direito à indenização. Essa ação tornava inviável a alegação de que novos posseiros estariam protegidos sob o manto do direito adquirido (ARAÚJO, 2006).

Já o Estatuto do Índio, que data de 19 de dezembro de 1973, refletiu o pensamento dominante à época do regime militar ao tratar da necessidade de integração. Segundo Barreto (2014), durante esse período, adotava-se a perspectiva do evolucionismo unilinear – desenvolvida principalmente durante a primeira metade do século XIX –, que considerava o índio como um ser primitivo em processo de evolução. A teoria que se contrapõe é o evolucionismo multilinear, que acredita que a cultura só tem sentido se compreendida em suas mais diversas formas de manifestação (BARRETO, 2014).

Segundo Codato (2005), o período militar se desdobrou em uma espécie de processo pendular no qual se intercalavam períodos de maior e menor violência política. É possível visualizar tais momentos, por exemplo, quando se conferia certa proteção legal, enquanto, em outras situações, havia intensa violência.

Vale lembrar que, após o golpe de 1964, teve início uma nova dinâmica econômica no país. A fim de fomentar o desenvolvimento nacional, houve uma intensificação no planejamento de grandes construções e projetos exploratórios, que se espalharam pelo país. As ações, no entanto, desconsideraram importantes fatores sociais para a concretização das obras, como o contato e o deslocamento indígena nas áreas a serem modificadas.

Como abordado anteriormente, os povos indígenas passaram a ser vistos como obstáculos ao desenvolvimento nacional e essa opinião foi amplamente difundida, inclusive em espaços públicos:

Com o parco auxílio de quatro milhões de cruzeiros da SPVEA, a expedição na qual tomou parte veio revelar ao mundo cenas da vida de uma população selvagem que continua no mesmo estágio de antes do descobrimento do País. É incrível que, num país em desenvolvimento como o Brasil, onde todas as eras da civilização se recapitulam no presente, ainda existam populações nesse estágio de selvageria (TRINIDAD, 2018, p. 263, APUD Câmara dos Deputados, 23 de março 1962, p. 194-195).

Lacerda (2008) explica que, para os militares brasileiros, a promoção de desenvolvimento implicava a necessidade de construir, explorar e abrir estradas para escoar riquezas. Além

disso, a exploração e a integração dessas modalidades nas faixas de fronteira, em especial na Amazônia, significava promover a segurança do país. Sendo assim, o Plano de Integração Nacional (PIN), passou a contar com dois objetivos básicos: a segurança de áreas consideradas fragilizadas e a promoção de desenvolvimento em áreas consideradas “vazios demográficos”. Nesse momento, surge verdadeira aliança entre Forças Armadas e setores econômicos interessados no aproveitamento das riquezas naturais existentes nas terras indígenas.

A partir da década de 70, quando houve a descoberta de reservas minerais na região amazônica pelo projeto RADAM (análise geológica do solo), as terras indígenas passaram a ser alvo constante. A pressão das empresas interessadas pela regularização das atividades levou à edição do Decreto nº 88.985, de 10 de novembro de 1983, que permitia a exploração mineral nas terras indígenas. O resultado não poderia ser outro: “mais de 17,6 milhões de hectares estavam sendo requeridos ou concedidos para mineração em 77 terras indígenas, sob controle de 69 empresas ou grupos econômicos (LACERDA, 2008, p. 25, APUD RICARDO; ROLLA, 2005, p.5).

Nota-se, portanto, que o arcabouço jurídico-normativo não conseguiu conter o que estava acontecendo, tampouco foi firme o suficiente para conter as inovações legislativas nocivas aos interesses indígenas. Para que se compreenda mais à fundo o teor das afirmações anteriores, é preciso que se conheça o que de fato ocorreu naquele período.

2 O BRASIL INDÍGENA NA DITADURA MILITAR

“*Karí-tán-aitinnvaine Kre, Kêtt Kue n*” ou, em português, “vocês civilizados mataram todos, tudo acabado” foi uma das formas pela qual o cacique Tariri, da tribo Tapayuna, expressou-se ao encontrar os ossos da sua noiva na mata, recém revirados por porcos selvagens. O relato foi presenciado pelo sertanista Antônio de Souza Campinas, enviado para aquela aldeia em 1971 em busca de sobreviventes (BRASIL, 2014a).

Os Tapayuna viviam no oeste de Mato Grosso e foram objeto de uma expedição organizada pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI, em 1969. Estima-se que a população dos Tapayuna era de aproximadamente 1.220 pessoas. A tribo, no entanto, foi dizimada de várias formas (BRASIL, 2014a).

Envenenamento, armas de fogo, remoções forçadas e gripe. E o pior, tudo isso com aval do Estado. As expedições eram organizadas sem o menor zelo, não havia vacinas ou profissionais de saúde. A ausência de zelo, no entanto, não era suficiente para evitar que as expedições ocorressem. Especula-se, inclusive, que esse tipo de ação era proposital (BRASIL, 2014a).

Os Tapayuna não foram os únicos a serem alvos de ações desordenadas no período militar. Foram muitos os massacres ocorridos no Brasil entre 1964 até a redemocratização. Especula-se, vale acrescentar, que as violações de direitos não eram simplesmente ocasionais. Por vezes, foram cuidadosamente calculadas, pois faziam parte das políticas de ação do Estado em relação aos povos indígenas e as de expansão nacional (BRASIL, 2014a).

Quando grupos de oficiais militares apoiados por setores da sociedade civil derrubaram o presidente João Goulart por meio de um Golpe de Estado, o governo não sabia ao certo quantos índios havia no país. Estimava-se entre 70 e 110 mil. Mas tem-se conhecimento de que esse número era muito maior (VALENTE, 2017; MAGALHÃES, 2015).

O relatório acerca das violações de direitos humanos dos povos indígenas da Comissão Nacional da Verdade (2014a) estima que cerca de 8.350 indígenas foram mortos em decorrência da ação ou da omissão de agentes governamentais. O relatório deixa claro que essa estimativa

leva em conta apenas casos documentados que davam margem a alguma estimativa. No entanto, enfatiza que o número de mortos e afetados deve ser muito maior, já que não se conhece com completude o que de fato ocorreu naquele período, tendo em vista que apenas uma pequena parcela dos afetados foi analisada.

O período de governos militares a ser analisado teve início em 1964 e terminou em 1985, quando teve fim o mandato do ex-Presidente João Batista Figueiredo. Apesar de ter sido encerrado ainda na década de 80, as influências e consequências do período militar podem ser aferidas até os dias de hoje (ARAÚJO, 2006).

Para compreender as influências desse período para os povos indígenas é preciso falar sobre o Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais – SPILTN, criado em junho de 1910 pelo Decreto nº 8.072 e que, a partir de 1918, tornou-se apenas Serviço de Proteção aos Índios – SPI (ABREU, 2001). Esse órgão, vinculado ao Ministério da Agricultura, tinha influências positivistas e viveu sob uma constante contradição desde a sua criação (FUNAI, 2013).

Enquanto era definido como órgão responsável pela proteção, preocupado em distanciar a igreja católica da catequese indígena para promover a diretriz republicana do Estado laico, tinha como principal objetivo o de civilizar os indígenas de forma a transformá-los em trabalhadores nacionais e/ou produtores rurais (FUNAI, 2013).

Uma das comunidades atingidas pelas ações do SPI foi a dos Xetá. Sobreviventes relatam a desagregação sofrida em razão da dispersão compulsória para as áreas indígenas Guarani e Kaingang. Há, inclusive, denúncias contra funcionários do SPI acerca de sequestros de crianças Xetá que foram distribuídas para famílias não indígenas e que foram forçadas a assumir novos hábitos e costumes (BRASIL, 2014a).

Em decorrência da dispersão, os Xetá foram considerados extintos durante o período ditatorial. Foi só na década de 90 que os sobreviventes daquela etnia se reencontraram e se uniram para ter reconhecidas sua cultura e a terra tradicional da qual foram removidos (BRASIL, 2014a).

Ainda na década de 40, Getúlio Vargas deu início à chamada “Marcha para o Oeste”, uma política de exploração e ocupação do Centro-oeste, que fomentou o contato, inclusive, com tribos indígenas isoladas. Essa ação favoreceu e muito a invasão e a titulação de terras indígenas a terceiros. Tal política, destaque-se, já vinha sendo adotada por governos estaduais como uma espécie de colonização dirigida. (BRASIL, 2014a).

Nota-se, portanto, que as violações às prerrogativas indígenas já vinham ocorrendo desde antes do Golpe Militar de 1964, apesar de os direitos territoriais indígenas estarem previstos na Constituição de 1934, mais especificamente em seu artigo 129. Ocorre que tais investidas, como será visto, foram intensificadas no período ditatorial.

Em 1967, houve uma Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI na Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul e um Relatório realizado pela comissão de investigação do Ministério do Interior denominado “Relatório Figueiredo”. Essas iniciativas motivaram a extinção do SPI e a posterior criação da FUNAI. Mas a realidade indígena não tomou rumos melhores após a criação da FUNAI em 1967 (BRASIL, 2014a).

Em 13 de dezembro de 1968, teve início o episódio conhecido como “missa negra”. Costa e Silva deu início à 43ª reunião do Conselho de Segurança Nacional com o intuito de frear uma possível revolução. Nessa oportunidade, o texto do Ato Institucional nº 5 foi apresentado e alguns presentes, como Pedro Aleixo, foram contra a outorga do AI. De nada adiantou (BARBOSA, 2012).

O AI-5 foi aprovado e marcou o início de uma política indigenista ainda mais agressiva, inclusive com a criação de presídios específicos para indígenas. Dois anos depois foi editado

o Plano de Integração Nacional – PIN, responsável por promover uma possível ocupação da Amazônia, que era vista como verdadeiro vazio populacional, ignorando totalmente a existência de índios na região (BRASIL, 2014a).

Essa política tinha como forma de atuação a abertura de estradas, dentre elas a Transamazônica e a BR 163, de Cuiabá a Santarém. Somente a Transamazônica (BR-230) atravessou os estados da Paraíba, Piauí, Maranhão, Pará e Amazonas, vindo a atingir mais de 20 povos indígenas, como os Parintintin (PA), Pirahã (AM), Tenharim (AM), Munduruku (PA), Arara (PA), Assurini (PA), Juruna (PA), Kararahô (PA) e Apinajé (TO), sendo que vários deles ainda viviam isolados (LACERDA, 2008).

Essa previsão de abertura de estradas logo foi incorporada pela Lei nº 6.001/79, conhecida como o Estatuto do Índio, como sendo uma hipótese de intervenção da União para a realização de obras públicas de interesse do desenvolvimento nacional.

Na época, o Ministro do Interior, o político e militar José Costa Cavalcanti, confirmou saber o impacto das estradas nas comunidades quando declarou que a Transamazônica cortaria cerca de 29 etnias indígenas, sendo 11 grupos isolados. A FUNAI, por sua vez, firmou parceria com a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) para a pacificação de 30 grupos indígenas arredios, tendo se tornado a executora dessa política de contato, atração e remoção de índios em benefício da construção das estradas (BRASIL, 2014a).

Práticas comuns que podem ser citadas foram contatos e remoções forçadas, presídios construídos para indígenas arredios, localidades nas quais foram realizadas torturas, dentre outros diversos tratamentos arbitrários.

A política indigenista também tinha como objetivo acelerar o processo denominado de desindianização. Havia um constante incômodo com a proteção dada às terras indígenas, sendo assim, a solução encontrada foi a adoção de políticas que visassem abolir de maneira concreta os detentores desses direitos (BRASIL, 2014a).

O programa de assimilação cultural pode ser visualizado como verdadeiro programa de etnocídio. Os idealizadores desse movimento positivista, presentes na origem do SPI, acreditavam na evolução desses povos, inclusive no que se refere às crenças religiosas. Dessa forma, os índios eram vistos como verdadeiros empecilhos ao desenvolvimento do país.

O cenário, como é de se imaginar, era de constante desespero. As expedições traziam epidemias, deixando muitos mortos. A índia Ngejwotxi, da aldeia Kawêrêtxikô no Xingu, ao relatar o que aconteceu com os Arinos, contou um episódio que demonstra as consequências das epidemias ocasionadas pelas expedições e pelas remoções forçadas:

O bebê chupava o peito da mãe morta, chorando, cheia de abelha no rosto, nos olhos, entrando no nariz. E esses meninos e meninas de cinco anos acima, eles seguiram, mas não chegaram na aldeia, não alcançaram o pessoal e foram morrendo no caminho (...) (VALENTE, 2017, p. 59).

Percebe-se, dessa forma, que uma das grandes problemáticas do período era a expulsão de índios de suas terras. Sendo assim, para que se conheça um pouco mais à fundo a problemática, merece atenção o esquema das Certidões Negativas.

A construção dos conceitos de direitos fundamentais na história não é recente. Na Declaração da Independência dos Estados Unidos, por exemplo, há menção a verdades autoevidentes, como os direitos à vida e à liberdade. O que se observa, por sua vez, é que, apesar de os textos legais trazerem menção expressa ao termo “todos”, sempre havia restrições sobre o público alvo desses direitos. As treze colônias, por exemplo, negavam o voto às mulheres, aos negros e aos índios (HUNT, 2009).

No Brasil, foi negada voz às populações indígenas de várias formas. Uma delas foi o esquema das certidões negativas fraudulentas. O esquema foi descoberto em razão da CPI de 1977 a qual constatou que várias certidões negativas foram concedidas mesmo para áreas habitadas por populações indígenas. Essas certidões tinham o objetivo de permitir a exploração de terras consideradas desocupadas frente aos interesses estatais, mas passaram a ser concedidas também para terras habitadas por índios (BRASIL, 2014a).

Em depoimento, o então presidente da Funai, General Ismarth Araújo de Oliveira, admitiu que a Funai não tinha condições de determinar se havia ou não habitantes nas áreas pleiteadas por investidores:

Em sã consciência, eu não posso afirmar que uma certidão negativa fornecida pela Funai corresponde à realidade. A base de apreciação é o mapa cadastral com a plotação da área fornecida pelo interessado. Se essa plotação foi errada, será dada a Certidão Negativa para uma área e na realidade a sua localização é outra, podendo inclusive, não havendo benfeitorias, se localizar dentro de área indígena (BRASIL, 2014a, p. 256 APUD APUD DCN-S1 17/6/1978, p. 332).

Esse processo foi intensificado em razão de uma resolução da SUDAM, em 1969, que estabelecia que a inexistência de índios nas terras proporcionava incentivos fiscais e financiamentos com vistas à exploração de recursos naturais. A presidência da FUNAI passou, então, a fornecer com ainda menos critérios tais certidões (VALENTE, 2017).

Em verdade, a FUNAI não realizava nenhuma checagem das informações. Dessa forma, se o mapa apresentado contivesse erro ou tivesse sido feito de má-fé, não havia critérios ou fiscalizações que impedissem o fornecimento dessas certidões.

Anos depois, o governo ditatorial se viu obrigado a recuar em relação à emissão de certidões. Isso porque foi montado na própria FUNAI um Plano de Ação Imediata aprovado pelo Ministério do Interior. Uma das orientações era a restrição das emissões de certidões negativas, as quais somente poderiam ser concedidas nas localidades onde houvesse demarcação ou delimitação, conforme Portaria do Ministro do Interior, Mario Andreazza, de 16 de fevereiro de 1981 (VALENTE, 2017).

Para que se tenha ideia da gravidade do ocorrido, somente entre 1970 e 1974, a FUNAI emitiu 772 certidões negativas para empreendedores diversos na Amazônia Legal (VALENTE, 2017).

Esse grande esquema de emissão de certidões negativas, portanto, potencializou a remoção forçada de populações indígenas de terras que eram suas por direito. O resultado foi a separação em massa de famílias, transferências compulsórias, prisões e até massivas contaminações por doenças infectocontagiosas.

Nesse contexto, as remoções forçadas no período ditatorial e a viabilização de uma Justiça de Transição à causa indígena guardam relação desafiadora com a Súmula 650 do STF. Publicada em 31 de outubro de 2003, a Súmula estabelece que os incisos I e XI do art. 20 da Constituição não alcançariam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. Significa dizer que as terras que tivessem sido ocupadas por comunidades indígenas que porventura se dispersaram — como ocorreu de maneira forçada na ditadura — não seriam consideradas bens da União, impossibilitando qualquer demarcação.

O precedente responsável por embasar a edição da mencionada Súmula foi o julgamento do Recurso Extraordinário nº 219.983-3/SP, de 9 de dezembro de 1998. Nesse julgado, foi estabelecida a impossibilidade de considerar pertencentes à União as terras ocupadas por indígenas em passado remoto, o que contribuiu para o início de uma discussão acerca da fixação de um marco temporal de ocupação.

Ainda nesse julgamento, o ex-Ministro Carlos Ayres Brito fixou, de acordo com sua interpretação do texto constitucional, que o marco temporal de ocupação deveria ser o da promulgação da própria CRFB, caracterizando-o como sendo um referencial insubstituível no reconhecimento dos direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas (BRASIL, 2009).

A partir daí, outros importantes julgados passaram a aplicar o referido marco temporal a casos concretos, como foi feito durante o julgamento da PET 3388, que tratou do caso Raposa Serra do Sol. Nessa oportunidade, o Plenário do Supremo estabeleceu como marco temporal autorizador a ocupação da terra no dia de 5 de outubro de 1988.

Ainda conforme o mencionado julgado, para a configuração de pertencimento indígena de determinada área, é necessário que sejam preenchidos dois critérios. O primeiro deles é o já mencionado marco temporal de ocupação, que diz respeito à ocupação fática de determinado território em 5 de outubro de 1988 (BRASIL, 2009).

O segundo critério diz respeito ao marco da tradicionalidade, que significa a necessidade de que o grupo ocupante tenha significativa interação com a terra, de maneira que já se tenha construído verdadeira relação entre a comunidade e o solo que se habita. O Supremo destacou que “a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios” (BRASIL, 2009, p. 235).

Nesse contexto, é trazido à tona o importante conceito de renitente esbulho. Essa modalidade de esbulho seria a única exceção ao marco temporal explicitado e foi reconhecido na PET 3388, fruto de expressão utilizada pelo ex-Ministro Ayres Brito, que significa a expulsão em virtude de conflito possessório:

O renitente esbulho se caracteriza pelo efetivo conflito possessório iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da Constituição de 1988, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada (BRASIL, 2014b, s.p).

117

Seguindo essa linha de raciocínio, poderia ser indagado se as remoções forçadas impetradas no período militar estariam abrangidas pelo renitente esbulho e se deveriam ser consideradas como área de ocupação tradicional. A resposta é negativa.

O Supremo já pacificou entendimento segundo o qual renitente esbulho não se confunde com ocupação passada ou desocupação forçada. Para a configuração de renitente esbulho, que autoriza o reconhecimento da ocupação tradicional, é necessário que a disputa pela terra ainda esteja em andamento ou que os indígenas tenham sido expulsos há pouco tempo da localidade.

Já em casos de desocupação forçada em que não tivesse permanecido a disputa territorial até a promulgação da CRFB, o Supremo entendeu não haver direito ao reconhecimento de ocupação tradicional. Esse entendimento foi aplicado no julgamento do ARE 803462 AgR/MS, no qual a última ocupação indígena teria ocorrido em 1953, data da expulsão da comunidade Terena da terra Limão Verde. Nesse caso, o Supremo decidiu que houve desocupação forçada e não renitente esbulho em razão de os índios já não estarem em conflito possessório por aquelas terras em outubro de 1988 (BRASIL, 2014b).

Dessa forma, os povos indígenas vítimas de remoções compulsórias no período de 1965 a 1984, caso desejassem ter sua ocupação tradicional reconhecida, deveriam ter continuado a reivindicar a terra da qual foram expulsos pelo período de 4 a 22 anos, a depender do caso. A solução não parece muito prática, tampouco viável àqueles que se encontravam em situação de vulnerabilidade após terem sido vítimas das arbitrariedades cometidas pelo governo ditatorial.

3 OS RELATOS INDÍGENAS SOBRE VIOLAÇÕES DURANTE A DITADURA

“Estou cansado de ser um coveiro de índios... Não pretendo contribuir para o enriquecimento de grupos econômicos à custa da extinção de culturas primitivas.” Foi o que disse Antônio Cotrim, ex-funcionário da FUNAI, ao se demitir em 1972 (BRASIL, 2014a, p. 229).

Ora, se o regime militar assumia que o percurso a ser percorrido pelos povos indígenas era o de integração a uma dita “civilização”, era claro que se esperava que os índios deixassem de ser índios propriamente ditos.

Pelos relatos, observa-se que as expedições realizadas naquele período em muito se assemelhavam às estratégias utilizadas no período colonial:

Criava-se uma frente de atração, que funcionava assim: os sertanistas distribuíam presentes aos índios; esperava-se que estes passassem a retribuir os presentes [...]; na terceira fase, os índios convidavam os sertanistas para conhecer suas malocas; a quarta fase, de consolidação de pacificação, constituía-se no estabelecimento de um acordo pelo qual, em resumo, “civilizados” e índios concordavam em não matar mais uns aos outros. [...] Por último, os índios “pacificados” eram então agregados e entregues aos cuidados de funcionários de um posto, que se encarregava de dar a eles atendimento de saúde e alimentação e ensinar-lhes métodos de agricultura dos “civilizados” (VALENTE, 2017, p. 14-15)

O que se sabe, no entanto, é que os povos indígenas resistiram. Os Parakanã, por exemplo, alvo das tentativas de pacificação lideradas pela Funai foram vítimas de cinco transferências compulsórias entre 1971 e 1977, além da morte de 118 indígenas por gripe, poliomielite, malária e blenorragia – doenças trazidas pela própria frente da FUNAI (BRASIL, 2014a):

Eu não sabia que o governo ia fazer estradas aqui. Autoridade não avisou antes de destruir nosso meio ambiente, antes de matar nosso povo. [...] A Funai, que era pra nos proteger, não nos ajudou nem avisou dos perigos. Hoje estamos reclamando. Só agora está acontecendo, em 2013, que vocês vieram aqui pedir pra gente contar a história. Quero dizer: eu não quero mais morrer outra vez (BRASIL, 2014a, p. 234).

Essa foi a fala de Davi Kopenawa, líder Yanomami ao ser entrevistado pela Comissão Nacional da Verdade sobre os massacres ocorridos com o seu povo.

Outras narrativas são igualmente impactantes. Vale a pena conhecer o relato do índio Guarani-Kaiowá Bonifácio R. Duarte, detido em Krenak, uma espécie de reformatório indígena bastante conhecido pelos atentados à dignidade da pessoa humana daqueles que lá estiveram:

Amarravam a gente no tronco, muito apertado. Quando eu caía no sorteio prá ir apanhar, passava uma erva no corpo, prá aguentar mais. Tinha outros que eles amarravam com corda de cabeça prá baixo. A gente acordava e via aquela pessoa morta que não aguentava ficar amarrada daquele jeito. (Prá não receber o castigo...) a gente tinha que fazer o serviço bem rápido. Depois de seis meses lá, chegou o Teodoro, o pai e a mãe dele presos. A gente tinha medo. Os outros apanharam mais pesado que eu. Derrubavam no chão (BRASIL, 2014a, p. 244).

Em entrevista à Comissão Nacional da Verdade, Oredes Krenak confirmou as violações ao dizer que os que estavam em Krenak eram punidos por diversas coisas, inclusive por não querer cumprir ordens de trabalho forçado. Ressaltou, ainda, a proibição de certas manifestações culturais, como o artesanato. Mais um indício que a violência não foi somente física, mas também étnica.

E os relatos continuam:

Bater era normal para eles. Se o índio tentava se justificar por alguma acusação, batiam com cassetete grande, depois jogavam na prisão. Não podiam nem perguntar por que estavam sendo punidos. Também batiam de chicote. Algemavam o preso dentro da cadeia e ele não podia falar, argumentar. Ameaçavam com arma. Os mais antigos contam que quando matavam um índio, jogavam no rio Doce e diziam pros parentes que tinha ido viajar. Quando estavam muito debilitados, jogavam no hospital. A gente não sabia se estavam mesmo no hospital ou se foram massacrados ou morreram de fome, sede. A gente não via morrer aqui, era quando estavam no hospital. Até a década de 1980 nosso povo sofreu bastante com os militares (BRASIL, 2014a, p. 245).

É possível perceber, dessa forma, que os índios foram fortemente atingidos pelas ilegalidades do regime militar, mas de uma maneira bastante peculiar. Foram contaminados, torturados e retirados de seus territórios, tiveram crianças sequestradas, abandonadas e famílias foram desintegradas. A questão é agravada quando se percebe que, além de toda a violência física, houve a perda de elementos culturais em razão da dissipação e extinção de certas etnias, o que torna ainda mais difícil se falar em Justiça de Transição e reparação a esses povos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, vale perceber que os relatos juntamente ao trabalho realizado pela Comissão Nacional da Verdade sugerem uma mesma conclusão. O período militar foi marcado por uma intensa violação aos direitos dos povos indígenas, especialmente no que se refere à cultura, às terras e às tradições.

Apesar de os povos indígenas não serem tema central quando se fala em ditadura militar no Brasil e muito embora a problemática apresentada ainda não seja tratada com máxima prioridade em busca de solucionar o real impacto que os povos indígenas sofreram com as políticas de integração da época, a Comissão Nacional da Verdade teve o importante papel de resgatar essas memórias e torná-las públicas.

Vale salientar que, ainda que apenas formalmente, havia legislação capaz de proteger esses povos. Havia, ainda, um procedimento que prezava pela emissão de certidões por órgão oficial para só então permitir que pessoas jurídicas procedessem à exploração de recursos naturais. O problema é que o ordenamento jurídico foi claramente desobedecido.

Sendo assim, o Relatório também teve o papel de trazer à tona questões que precisavam ser investigadas e descobertas. Dito de outra forma, o Relatório da Comissão Nacional da Verdade buscou trazer notoriedade à causa de uma minoria que luta até hoje para ter direitos básicos protegidos e que ainda clama por reparação pelas ilegalidades cometidas, como o retorno aos seus territórios de origem.

Há relatos de morte, tortura, contaminações propositais, além de falhas nas campanhas de vacinação e ausência de profissionais de saúde no contato com os povos indígenas. Nesse aspecto, chama atenção, sobretudo, as políticas e as campanhas de integração, que ignoravam a existência de povos que almejavam apenas a igualdade ao proteger suas tradições. Todavia, a integração era vista como o melhor caminho para o desenvolvimento, pois os índios passaram a ser vistos como verdadeiro obstáculo. Prevalcia uma ideia de superioridade cultural, religiosa e intelectual, a mesma superioridade perceptível nos colonizadores portugueses ao chegarem no Brasil.

Enquanto se clamava por um rápido avanço econômico, objetivando a construção de estradas para a circulação de mercadorias, os índios que habitavam aqueles territórios tiveram suas pautas esquecidas, ignoradas e foram tratados de forma completamente irregular inclusive pelos próprios órgãos destinados à proteção desses povos, como a Funai.

Por fim, vale ressaltar que, quando se fala em reparação e Justiça de Transição, fala-se em direito à Verdade e à Memória. Apesar de a problemática indígena ter sido trazida à tona pelo desenrolar da busca pelos direitos supramencionados, ainda é difícil falar em reparação para o caso. Isso porque é desafiador quantificar e valorar as consequências. É complexo identificar e punir os agressores.

Ademais, conforme demonstrado, a questão indígena envolve a perda de elementos imateriais, a exemplo dos elementos culturais que foram dissipados como consequência das remoções forçadas e da desintegração de etnias. Ainda assim, vislumbra-se a necessidade de se continuar conhecendo a verdade para buscar as formas mais adequadas de reparação, como o reestabelecimento da ocupação de terras tradicionais indígenas por seus verdadeiros possuidores e a intensificação das garantias indígenas

O que se espera é que períodos como esse jamais se repitam, afinal, foi possível observar que a simples existência de leis não assegura o respeito aos direitos fundamentais de um povo, principalmente quando se trata de uma minoria que ainda luta para deixar vivas suas tradições.

REFERÊNCIAS

ABREU, Alzira Alves. Serviço de Proteção ao Índio. In: ABREU, Alzira Alves et al. (Org.). **Dicionário histórico-biográfico pós-30**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, Brasília, 2006.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira**: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais**. 1ª ed. 6ª impr. Curitiba. Juruá, 2014.

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade**. Relatório: textos temáticos. Brasília, 2014a.

BRASIL. Ministério do Interior. **Relatório Figueiredo**, 1968. Disponível em: <http://www.docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=museudoindio>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462 do Mato Grosso do Sul**. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 09 de dezembro de 2014b. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo771.htm> >. Acesso em: 10 abril 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388 de Roraima**. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> >. Acesso em: 10 abril 2020.

CABRAL, Rafael Lamera Giesta; PRADO, Alessandro Martins. **Repressão política aos indígenas de Mato Grosso do Sul**: uma leitura a partir dos estudos de Justiça de Transição. 2020. No prelo.

CODATO, Adriano Nervo. **Uma história política da transição brasileira**: da ditadura militar à democracia. Revista de Sociologia Política, Curitiba, v. 25, 2005.

DELGADO, Lucília de Almeida Naves; FERREIRA, Marieta de Moraes. História do tempo presente e ensino de história. **Revista História Hoje**, v. 2, n. 4, p. 19-34, 2013.

FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. (Org.). **Memória do SPI**: Textos, Imagens e Documentos sobre o Serviço de Proteção aos Índios (1910-1967). Rio de Janeiro: Museu do Índio/FUNAI, 2011.

FUNAI, **Serviço de Proteção aos Índios – SPI**. Brasília, 2013. Disponível em: < <http://www.funai.gov.br/index.php/servico-de-protecao-aos-indios-spi> >. Acesso em: 07 dez 2019.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos** – uma história. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LACERDA, Rosane. **Os Povos Indígenas e a Constituinte – 1987/1988**. CIMI – Conselho Indigenista Missionário, Brasília, 2008.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Diversidade cultural e Justiça de Transição: os casos de perseguição aos índios durante a ditadura militar e a transição política no Brasil. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, Firenze, n. 44, tomo II, p. 1137-1166, 2015.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Julgar o passado? Verdade histórica e verdade judicial na ADPF 153. **Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, vol. 2, n. 3, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.21708/issn2526-9488.v2.n3.p70-86.2018>. Acesso em: 11 mar. 2020.

PAULETTI, Maucir, et. al. Povo Guarani e Kaiowá: uma história de luta pela terra no Estado de Mato Grosso do Sul. In: CIMI-RMS, Conselho Indigenista Missionário Regional Mato Grosso do Sul, et al. (Org.). **Conflito de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul**. São Paulo: Palas Athea, 2000.

SANTOS, Cecília MacDowell. A justiça ao serviço da memória: mobilização jurídica transnacional, direitos humanos e memória da ditadura. In: SANTOS, Cecília MacDowell (et al.) (Org.). **Desarquivando a ditadura – memória e justiça no Brasil**. Volume II. São Paulo: Hucitec, 2009.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. Anistia e (in)justiça no Brasil: o dever de justiça e a impunidade. In: SANTOS, Cecília MacDowell (et al.) (Org.). **Desarquivando a ditadura – memória e justiça no Brasil**. Volume II. São Paulo: Hucitec, 2009.

SILVA, Julianne Holder da Câmara; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. Entre Tupã e o Leviatã: o transconstitucionalismo e as ordens locais indígenas. **Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 1, n. 1, p. 165-187, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.21708/issn2526-9488.v1.n1.p165-187.2017>. Acesso em: 10 mar 2020.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos Indígenas para o Direito**. 1ª ed. 8ª impr. Curitiba. Juruá, 2012.

TRINIDAD, Carlos Benítez. A questão indígena sob a ditadura militar: do imaginar ao dominar. **Anuário Antropológico**, Brasília, v. 43, n. 1, p. 257-284, 2018. Disponível em: http://www.dan.unb.br/images/pdf/anuario_antropologico/Separatas_vol_43_n1_julho2018/artigo_a_questao_indigena.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

VALENTE, Rubens. **Os fuzis e as flechas**. História de sangue e resistência indígena na ditadura. Companhia das letras. São Paulo, 2017.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, n. 1 (jan./jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

DIREITO, DESENVOLVIMENTO E LIBERDADE: O DIREITO
TRIBUTÁRIO PODE APRIMORAR ESSES CONCEITOS?

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO
LUCAS PIRES MACIEL

VOLUME 11 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2020

DIREITO, DESENVOLVIMENTO E LIBERDADE: O DIREITO TRIBUTÁRIO PODE APRIMORAR ESSES CONCEITOS?

RIGHT, DEVELOPMENT AND FREEDOM: TAX LAW CAN APPROPRIATE THESE CONCEPTS?

Recebido: 11/02/2020
Aprovado: 12/06/2020

Maria de Fátima Ribeiro¹
Lucas Pires Maciel²

RESUMO:

O presente artigo tem como objetivo estudar o desenvolvimento e a liberdade como um binômio fundamental para o século XXI e o papel do Estado para o atingimento dessas políticas. Para isso, evidenciou-se que o Brasil vem criando programas que evidenciam uma melhoria no desenvolvimento e na liberdade dos cidadãos, seja de forma individual ou na coletividade. Ademais, diferenciou-se crescimento econômico e desenvolvimento econômico, aduzindo que não tem a mesma base de aferição, sendo que o Direito ao Desenvolvimento, previsto no texto constitucional, no artigo 3º, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, requer mais que uma mera informação numérica, mas sim, uma efetiva mudança no índice de Desenvolvimento (IDH) da nação. A tributação, por isso, exerce papel fundamental, quando interfere na economia e faz política distributiva. Com isso, pode diminuir as desigualdades regionais, com a criação de áreas com tributação diferenciada, como por exemplo a Zona Franca de Manaus, que foi prorrogada até 2073, além de outras políticas como o Simples Nacional. Por isso, incrementar medidas político-fiscais é um mecanismo eficaz para que o Estado possa fomentar o atingimento do desenvolvimento atrelado a liberdade, com acréscimo nos resultados do Índice IRBES. Para elaboração do artigo utiliza-se o método dedutivo com pesquisas bibliográficas.

Palavras-chave: Crescimento. Desenvolvimento. Direito Tributário. Extrafiscalidade. Índice IRBES. Liberdade.

ABSTRACT:

This article aims to study development and freedom as a fundamental binomial for the 21st century and the role of the State in achieving these policies. For this, it was evidenced that Brazil has been creating programs that show an improvement in the development and freedom of citizens, either individually or collectively. In addition, economic growth and economic development were differentiated, arguing that it does not have the same basis of assessment,

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, Mestrado em Ciências Jurídicas Empresarias pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Pós Doutorado em Direito Fiscal/Tributário na Universidade de Lisboa. Curso complementar créditos de Doutorado na Sapienza Università di Roma (Facoltà di Economia e Facoltà di Giurisprudenza) Roma Itália. E-mail: professoramariadefatimaribeiro@gmail.com

² Doutorando em Direito pela UNIMAR de Marília/SP, com término previsto para agosto de 2021, que tem como área de concentração: Empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social, na Linha de Pesquisa 1 ? Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais. Mestre em Direito pela UNIMAR de Marília/SP, com término em março de 2018. É pós graduado em Direito do Estado - área de concentração Direito Tributário - pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2011), além de pós-graduado em Direito Tributário e Processo Tributário pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP (2009). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP. E-mail: lucas_jppm@hotmail.com.

and the Right to Development, provided for in the constitutional text, in article 3, as one of the objectives of the Federative Republic of Brazil, requires more than a mere numerical information, but an effective change in the Development Index (HDI) of the nation. Taxation, therefore, plays a fundamental role, when it interferes with the economy and makes distributive politics. With this, it can reduce regional inequalities, with the creation of areas with differentiated taxation, such as the Manaus Free Zone, which was extended until 2073, in addition to other policies such as Simples Nacional. Therefore, to increase political-fiscal measures is an effective mechanism for the State to promote the achievement of freedom-related development, with an increase in the results of the IRBES Index. For the elaboration of the article it is used the deductive method with bibliographical researches.

Keywords: Growth. Development. Tax law. Extrafiscality. IRBES Index. Freedom.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo estudar a liberdade e o desenvolvimento, por intermédio de ferramentas do Direito Tributário, conciliando os conceitos, para o fim de implementar os índices de desenvolvimento da sociedade e, com isso, melhorar o Índice de Desenvolvimento Humano brasileiro e melhor aplicar a carga tributária.

É cediço que o Brasil possui uma das mais altas carga tributárias do mundo e, uma das grandes críticas da grande população, é que parcela maior desses recursos arrecadados não chegam até as classes menos favorecidas e, por vezes, não se transforma em ferramentas de redistribuição de renda e/ou programas de diminuição de pobrezas ou desigualdades.

Casos de corrupção, como se vislumbra em várias operações da Polícia Federal, como exemplo, Operação “Lava Jato”, Operação “Zelotes”, Operação “Boca Livre”, entre outras espalhadas pelo Brasil, seja em âmbito federal, estadual ou municipal, deflagram o mal uso do dinheiro público e colocam em risco a liberdade e o desenvolvimento, deixando os contribuintes afastados do seu direito-dever de pagar tributos, haja vista escândalos de desvio de verbas fundamentais para o país.

Nessa senda, o Brasil vê-se diante de uma carga tributária crescentes nas últimas décadas, com aumento das obrigações sobre as pessoas físicas e jurídicas, com aumento na gama de direitos conferidos ao papel do Estado (lato sensu) e, ao mesmo tempo, um achatamento dos índices de pesquisa do desenvolvimento humano, na liberdade econômica, na expectativa de vida, na taxa de mortalidade infantil, nos índices de pobreza extrema, nas liberdades políticas e civis, entre outros critérios.

Essas bases indicativas colocam o Brasil como uma país com altas bases de tributação e baixa sensação de retorno em direitos individuais, sociais e coletivos, gerando uma sensação de que pagar tributo é um mero dever e não de que o tributo auxilia no desenvolvimento do país em vários aspectos.

Isso, pois, o desenvolvimento esperado pelos constituintes, quando da lavra da Constituição Federal, não se resumiria a um simples número no crescimento econômico e, nem ao menos, uma simples redistribuição de riquezas.

O que se almeja, em verdade, é a distribuição efetiva dessa riqueza em favor do bem-estar social, gerando alterações significativas nos índices de desenvolvimento humano, com o fortalecimento da dignidade da pessoa humana, além da procura do fortalecimento das bases produtivas, obediente, por óbvio, ao meio ambiente sustentável, bem como, com a participação efetiva da sociedade nas decisões políticas nacionais, com o fito de alcançar um crescimento

com mudanças significativas do Estado, com diminuição da pobreza, fome, fomento à educação, saúde, entre outros fatores.

Por isso, o uso consciente e correto da extrafiscalidade, pode gerar, em boa parcela, uma significativa melhora nos critérios da liberdade e do desenvolvimento do país, maximizando e potencializando o tão almejado desenvolvimento, com aprimoramento nos índices de desenvolvimento humano, afastando a sensação geral de que pagar tributo é jogar dinheiro fora.

A partir dessas ponderações, o artigo pretende elucidar quais ferramentas tributárias podem e/ou devem ser utilizadas pelo Estado, *lato sensu*, para ultrapassar as barreiras do mero crescimento econômico e, em outro patamar, alçar voos mais altos em busca do desenvolvimento.

Para elaboração do artigo foi utilizado o método dedutivo com pesquisas bibliográficas.

2 DESENVOLVIMENTO E LIBERDADE: O BINÔMIO DO SÉCULO XXI

Não é sem razão que o capítulo é intitulado como: “Desenvolvimento e liberdade: o binômio do século XXI”, haja vista que é algo almejado e de difícil alcance, haja vista a existência de diversas barreiras que impedem o seu atingimento.

Ademais, é importante consignar que desenvolvimento e liberdade, além de serem objetivos, tem uma relação umbilical, haja vista que quanto maior o desenvolvimento maior a liberdade e vice-versa. Por óbvio, que essa regra possui exceções, porém, são raras. Isso, pois, como se demonstrará a seguir, no escopo desse capítulo, o Estado que é desenvolvido oferece maiores garantias individuais ao indivíduo e, sendo o indivíduo mais livre, aumenta-se as opções de um melhor desenvolvimento daquele Estado.

Alinhavou-se, alhures, que crescimento não é sinônimo de desenvolvimento. É cediço que crescer pressupõe a existência de aumento frígio nos números de determinado País, o que, por si só, não repercute necessariamente em desenvolvimento. Desenvolver exige um dado mais abrangente, mais complexo e menos frígio. Ordena que haja a presença de outros índices, que apontem, além do crescimento numérico e objetivo, a existência de mudança de patamares em direitos das pessoas que ali habitam.

Tanto é diferente crescimento e desenvolvimento, que a Constituição Federal acautelasse em deixar claro, em algumas passagens, que o Estado deve alcançar e sempre buscar o desenvolvimento, ignorando, por óbvio, tratar de crescimento.

Veja-se que inicia o texto, no seu preâmbulo, aduzindo que a Assembleia Nacional Constituinte reuniu-se, com o objetivo de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento”.

Outrossim, logo em seguida, no artigo 3º, da Constituição Federal, aduz que um dos objetivos fundamentais da República é o “garantir o desenvolvimento nacional”. Interessante consignar que além dessas duas passagens indicadas, a Carta Magna anuncia a expressão “desenvolvimento” em outras 51 oportunidades, das mais variadas conotações e ambições, seja para o próprio Estado, seja para setores da iniciativa privada que o Constituinte almeja fomentar para melhoria nos números do país.

Amartya Sen (2000, p. 53) apresenta que o Desenvolvimento é “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”. Prossegue asseverando que existem cinco liberdades que implementam o desenvolvimento: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora (SEN, 2000, p. 55).

A liberdade política seriam as oportunidades que as pessoas teriam para determinar quem deve governar e quais instrumentos possui de fiscalizar e criticar as autoridades, além das liberdades de expressão política e da imprensa. Facilidades econômicas as oportunidades se relacionam com a questão do desenvolvimento econômico aumentando a riqueza e a renda de um país e o subsequente aumento dos bens da população. Oportunidades sociais dizem respeito aos direitos de educação, saúde, e outros direitos sociais que interferem na vida do cidadão, como exemplo do analfabetismo e/ou morte de recém-nascidos por ausência de saúde básica de qualidade. Realiza liame entre esse direito e a liberdade política, uma vez que, sem educação, como exercer a liberdade política? A garantia de transparência tem um aspecto já mencionado na introdução, ao passo que é exatamente a existência de garantias inibidoras da corrupção, das irresponsabilidades financeiras, transações ilícitas, políticas que firam a lei de responsabilidade fiscal. Por último, a necessidade da existência de uma teia de segurança nacional, que coloca em rede os sistemas de proteção aos vulneráveis. Isso incluiriam os desempregados, suplementos de renda aos indigentes, como distribuição excepcional de alimentos em caso de grave crise para os necessitados (SEN, 2000, p. 55-57).

O autor Ignacy Sachs, por sua vez, elabora crítica aos conceitos tradicionais de Desenvolvimento, uma vez que assevera que tem funcionado como “uma armadilha ideológica construída para perpetuar as relações assimétricas entre as minorias dominadoras e as maiorias dominadas, dentro de cada país e entre os países” (SACHS, 2008, p. 26).

Por isso, sugere uma aproximação entre a ética, a economia e a política, dando um novo viés para o Desenvolvimento. Sugere um desenvolvimento global, mas assevera que é uma situação remota (SACHS, 2008, p. 27). Veja a sua constatação:

Mesmo hoje, as economias em desenvolvimento ainda podem ser descritas como arquipélagos de empresas modernas com alta produtividade do trabalho, imersas no oceano de atividades de produtividade baixa ou muito baixa, que formam o tecido intersticial do sistema econômico. A maior parte do PIB vem do arquipélago. A maior parte das pessoas nadam no oceano, tentando sobreviver. (SACHS, 2008, p. 31)

Segundo Ignacy Sachs (2008, p. 13) desenvolvimento é algo diametralmente oposto ao que se chama de crescimento. Como já mencionado, o crescimento leva em consideração apenas os números de maneira fria, ou seja, se houve aumento numérico, pura e simplesmente. O desenvolvimento, em complemento, remonta-se em informações mais pormenorizadas, em consideração a aspectos mais humanos. O autor obtempera que o desenvolvimento vai além “da mera multiplicação da riqueza material” (SACHS, 2008, p. 13), ou seja, da consideração impessoal dos números da economia.

É evidente que o crescimento é um dado importante no aparato de um Estado, sendo uma “condição necessária”, porém, o que adverte é que o crescimento não é uma informação suficiente, nem ao menos um “objetivo em si mesmo”, para alcançar uma “vida melhor, mais feliz e mais completa para todos” (SACHS, 2008, p. 13).

Sachs prossegue aduzindo que o Desenvolvimento deve assegurar aos cidadãos as três gerações de direito humanos, quais sejam, políticos, civis e cívicos; econômicos, sociais e culturais (trabalho digno); coletivos ao meio ambiente (SACHS, 2008, p. 14).

Por isso, em complemento às lições de Sachs, Amartya Sen, na sua obra “Desenvolvimento como liberdade” assinala que “o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” (SEN, 2000, p. 17).

Contudo, o autor Ignacy Sachs realiza crítica aos conceitos tradicionais de Desenvolvimento, uma vez que tem funcionado como “uma armadilha ideológica construída

para perpetuar as relações assimétricas entre as minorias dominadoras e as maiorias dominadas, dentro de cada país e entre os países” (SEN, 2000, p. 26).

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 coloca com grande destaque o desenvolvimento, haja vista que já no preâmbulo do texto constitucional enuncia que o Estado brasileiro se institui a partir desta Carta e está compromissado, dentre outros fins, a assegurar o desenvolvimento da sociedade brasileira.

Avança o texto constitucional ao atribuir no seu artigo 3º que é um dos objetivos da República a garantia do desenvolvimento nacional. Há outras passagens importantes e impactantes acerca da temática no texto constitucional.

Com essa base, importante ressaltar que Sachs (2008, p. 14-15) entende que “em vez de maximizar o crescimento do PIB, o objetivo maior se torna promover a igualdade e maximizar a vantagem daqueles que vivem nas piores condições, de forma a reduzir a pobreza”.

Para Thomas Piketty (2014, p. 114) “desenvolvimento representa uma grande parte da melhoria das condições de vida”.

Celso Furtado (1984, p. 63) obtempera que o desenvolvimento é um processo de transformação do mundo realizado pelo homem com o intento de atender às suas necessidades. Porém, não deve ficar adstrito a isso, pois para que consigam atender essas necessidades, mister se faz elevar os potenciais de invenção cultural, conseguindo assim as transformações esperadas. É justamente em razão da evolução desse processo de invenção cultural que ocorre o aprimoramento e exaltação da tecnologia em seu alto poder de difusão.

O mesmo autor assim se posiciona sobre o desenvolvimento:

A visão que tenho do desenvolvimento é a de um processo criativo, de invenção da História pelos homens, em contraste com o quadro mimético e repetitivo de que são prisioneiras as sociedades dependentes. Em nossa civilização, o processo de desenvolvimento se faz com crescente ampliação da base material da cultura e também com enriquecimento do horizonte de expectativas do ser humano. Desenvolver-se é ascender na escala de realização das potencialidades dos homens como indivíduos e como coletividade (FURTADO, 1984, p. 63).

Analisado o aspecto do Desenvolvimento, importante qualificar, ainda que rapidamente, aspectos sobre a liberdade, que é um direito conquistado à duras penas pelas gerações passadas e que, ainda, é tão caro para muitos Estados e inexistente em tantos outros. Amartya Sen (2000, p. 331) analisa o conceito de liberdade e realiza a distinção entre o aspecto da oportunidade da liberdade e o aspecto do processo de liberdade. Para ele a liberdade tem, por fim, papel construtivo na formação de valores e éticas.

Para Amartya Sem (2000, p. 325) liberdade é a oportunidade de fazer escolhas. Se não pode fazer escolhas, logo, não tem liberdade. Capacidade atrelada à liberdade e escolhas.

Realizando a intersecção conceitual entre desenvolvimento e liberdade, Peter Bauer possui salutar consideração acerca, ao consignar que havendo aumento da diversidade de alternativas concretas disponíveis para as pessoas, o principal objetivo e critério do desenvolvimento é atingido³.

Amartya Sem (2000, p. 330) é bastante enfático em aduzir que não é porque existe aumento da produção ou renda ou de geração de consumo elevado que haverá melhoria no processo de tomada de decisão e oportunidades de escolhas. Por isso, não se pode imediatamente concluir que se a pessoa tem condição econômica privilegiada que terá liberdade, pois ter condições financeiras lhe dá oportunidade de adquirir os bens que quiser, mas isso não quer dizer que esses dados sejam positivos também para liberdade, ou seja, “para viver uma vida

³ DORN, James A. **Biografia:** Peter Bauer. Disponível em: <<http://ordemlivre.org/posts/biografia-peter-bauer>>. Acesso em 21 jun. 2019.

longa ou o potencial para escapar da morbidez evitável, a oportunidade de ter um emprego que valha a pena ou de viver em comunidades pacíficas e isentas de criminalidade” (SEN, 2000, p. 330).

Assim, Amartya Sen (2000, p. 330) obtempera que há que se afastar de conceitos convencionais de desenvolvimento e relacioná-los com a liberdade, não importando, somente, “crescimento do produto per capita”.

Nesse viés, Amartya Sen (2000, p. 22) assevera que o “desafio da sociedade é formular políticas que permitam, além do crescimento da economia, a distribuição mais equitativa da renda e o pleno funcionamento da democracia”. Por isso, desenvolver não é somente crescer.

Por isso, o Desenvolvimento deve ser meio de se atingir o aprimoramento dos índices de vida das pessoas e para ampliar essas capacidades de escolha, haja vista que a liberdade não é meio para o desenvolvimento, pois ela é o meio e o fim do desenvolvimento. É algo muito maior e mais complexo.

Assim, do que foi exposto, mister fechar esse tópico aduzindo que “desenvolvimento é realmente um compromisso muito sério com as possibilidades de liberdade” (SEN, 2000, p. 337), haja vista que almejar o desenvolvimento perpassa, sem dúvida, por uma oportunidade de participação nos aspectos sociais do Estado, com o fito de construir uma sociedade com valores e ética. Para Sen, “o que as pessoas conseguem realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras, como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas” (SEN, 2000, pág. 18).

3 REALIDADE DO BRASIL: AUMENTAR AS LIBERDADES PARA MELHORAR O DESENVOLVIMENTO?

A despeito de problemas sociais, legais, estruturais, organizacionais e de outras searas, o Brasil é um país que tem contornos de liberdade, nas mais variadas conotações, a despeito de ter problemas de ordem desenvolvimentista.

Todavia, ainda que existente essas premissas, há uma série de barreiras burocráticas que atrapalham o alcance de um melhor critério de desenvolvimento, o que de certa forma tolhe a tão desejada liberdade. O Brasil é conhecido por ser um Estado interventor em diversos assuntos de índole econômica. É evidente que não é uma crítica pura e simples, pois, em vários aspectos é necessária a intervenção estatal, especialmente em assuntos que envolvam vulneráveis e hipossuficientes.

Por seu turno, há alguns aspectos jurídicos-legais que poderiam ser flexibilizados pelo Estado, sob o bojo de implementar uma maior procura dos empresários e agentes econômicos, afastando-os do emaranhado de normas das mais variadas estirpes.

Isso, sem dúvida, serve como um sistema de frenagem ao desenvolvimento, haja vista que os investidores preferem não investir, com receio de que burocracias e exigências administrativas emperrem ou onerem o negócio.

Nesse jaez, o Estado se torna inimigo de si mesmo, haja vista que ao minimizar as liberdades dos indivíduos, seja nas pessoas físicas ou jurídicas, retrai o desenvolvimento econômico, aumentando os índices de desemprego, violência, inadimplência, minorando a credibilidade no país para os investidores internacionais. Em poucas palavras, as medidas estatais criam óbices para o crescimento e desenvolvimento do país, camuflado em regras, normas, instruções, regulamentos, portarias e tantas outras bases jurídicas.

Assim, o medo de empreender é maior do que a vontade de alavancar o dinheiro e, com isso, a liberdade torna-se uma barreira quase intransponível ao desenvolvimento da nação.

Um outro obstáculo bastante duro ao investimento é a questão tributária. É notório que o Brasil possui um sistema tributário bastante complexo e pesado para o investidor, chegando ao absurdo de Alfredo Augusto Becker chamar o sistema tributário brasileiro de “manicômio jurídico-tributário” ou “carnaval tributário”, fazendo alusão às questões tributárias que tanto atormentam os aplicadores.

Com base nessa perspectiva, alguns institutos passaram a desenvolver estudos acerca da carga tributária, seus números, dados de arrecadação, índices de sonegação, entre outros. Um deles, bastante interessante é o desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, além de outros como impostômetro, que é o Cálculo do IRBES (Índice de Retorno de Bem-Estar à Sociedade) – Estudo Sobre a Carga Tributária/PIB x IDH – maio de 2015⁴.

Nessa pesquisa foi utilizado o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do ano de 2013 e fez-se o inventário dessas informações em trinta países e, como exposto na própria pesquisa, o IDH é uma “medida comparativa de riqueza, alfabetização, educação, esperança de vida, natalidade e outros fatores para os diversos países do mundo. É uma maneira padronizada de avaliação e medida do bem-estar de uma população, especialmente bem-estar infantil”⁵.

A metodologia de pesquisa desse índice leva em consideração a “somatória do valor numérico relativo à carga tributária do país, com uma ponderação de 15%, com o valor do IDH, que recebeu uma ponderação de 85%”⁶.

Para isso o IRBES leva em consideração a base do IDH e a carga tributária do país, fazendo uma relação entre o índice de desenvolvimento humano com aquilo que as pessoas pagam aos cofres públicos à título de tributos, ponderando se pagar mais tributo significa necessariamente ter um melhor desenvolvimento.

Os dados são interessantes e, dos trinta países avaliados, nota-se que os seis primeiros colocados (Austrália, Coreia do Sul, Estados Unidos da América, Suíça, Irlanda e Japão) tem uma carga tributária inferior a 30% e tem os melhores IDHs, o que reflete nas melhores colocações no IRBES, enquanto que os últimos colocados, à exceção do Brasil, tem carga tributária maior que 40% e não tem um bom IDH, figurando como os últimos da lista.

A posição do Brasil é a mais interessante, pois tem uma carga tributária média pelo padrão dos países avaliados, contudo, tem um IDH baixo, o que o coloca na última posição do IRBES, haja vista a falta de retorno entre a carga tributária exigida os critérios do IDH.

Isso, reforça o que foi exposto no capítulo acima, ao fato de que a liberdade no Brasil se torna minorada pela carga tributária alta e pelos baixos índices de retorno desses tributos, o que denota que o desenvolvimento é prejudicado de veras. Ralos da corrupção, desvios, burocracia, problemas estruturais, uma país de dimensões continentais vão colocando o Brasil em posição desfavorecida quando o assunto é liberdade econômica e desenvolvimento efetivo.

Por isso, dos 30 países avaliados o Brasil é o último colocado, abaixo de países como Israel, Argentina, Grécia, Uruguai e Luxemburgo. O uso de medidas que prestigiem a flexibilização das burocracias e carimbos em órgãos fiscais tendem a melhorar esses números.

O estudo indicou, portanto, que, entre os 30 países com a maior carga tributária, o Brasil é o que proporciona o pior retorno dos valores arrecadados em prol do bem-estar da sociedade. O Brasil, com arrecadação altíssima e péssimo retorno desses valores, fica atrás, inclusive, de países da América do Sul, como Uruguai e Argentina.

Entretanto, algumas medidas foram e estão sendo tomadas para o fim de amenizar as amarras jurídico-legais que tanto atravancam o país, criando uma maior flexibilidade em temáticas até então encampadas fortemente pelo Estado e que, agora, passaram a permitir um abrandamento estatal.

4 AMARAL, Gilberto do Amaral; OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Leticia Mary Fernandes do. **Cálculo do IRBES**. Disponível em: <<http://ibpt.impostometro.s3.amazonaws.com/Arquivos/06%2BIRBES%2B2015.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

5 *Idem*.

6 *Idem*.

Uma primeira que pode ser citada é a figura do Microempreendedor Individual (MEI), instituída pela Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008⁷, que alterou a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006⁸, mais conhecida com a Lei do Simples Nacional, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. É uma forma mais simplificada de inserir na formalidade profissionais que até então, na sua grande maioria, laboravam à margem da legislação tributária e trabalhista, desembocando em problemas variados e, que foi amenizado, por essa legislação. Vale consignar que recentemente a figura do MEI passou por novas mudanças, aumentando o faturamento máximo anual, por meio da Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016⁹.

É um regime muito interessante e minora obrigações acessórias, burocracias, inclui as pessoas que até então eram informais e lhes garantem acesso a direitos sociais, tal como, aposentadorias, auxílios e licenças do INSS. O Portal do Empreendedor divulgou que tem-se, até o dia 22 de junho de 2019, 8.518.888 de microempreendedores individuais¹⁰. São milhões de pessoas que saíram da marginalidade legal para regularizar e melhorar os índices de desenvolvimento.

Essa mesma lei complementar citada, criou recentemente a figura do investidor-anjo, qual seja pela Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016, que servirá como um fomentador das micro, pequenas e empresas de pequeno porte nacionais, uma vez que o Simples é expresso em mencionar que somente se valerá do regime empresas que sejam eminentemente nacionais. Assim, o investidor-anjo, segundo a lei “não será considerado sócio nem terá qualquer direito a gerência ou voto na administração da empresa”, “não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, não se aplicando a ele o art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil” e, “será remunerado por seus aportes, nos termos do contrato de participação, pelo prazo máximo de cinco anos”¹¹.

Cabe mencionar que a própria criação da Lei Complementar nº 123/2006 é uma boa iniciativa para minorar as burocracias e obstáculos para os empreendedores. Contudo, o regime tributário do Simples, em muitas de suas faces, só tem de simples o nome, pois passa por diversas mudanças e se torna cada vez mais complexo na sua utilização. Ainda assim, é mais simplificado que os demais regimes fiscais das empresas.

Outra medida interessante e que tem o condão de implementar o desenvolvimento e minorar problemas com acesso ao crédito e fomento à novos negócios é a Lei Complementar nº 166¹², de 08 de abril de 2019, que dispõe sobre os cadastros positivos de crédito e regular a responsabilidade civil dos operadores. Segundo o Ministério da Economia essa legislação

7 BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 128, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2008. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm>. Acesso em: 23 jun. 2019.

8 BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm>. Acesso em: 23 jun. 2019.

9 BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 155, DE 27 DE OUTUBRO DE 2016. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nos 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm>. Acesso em: 23 jun. 2019.

10 BRASIL. Portal do Empreendedor. Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/estatisticas>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

11 BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 155, DE 27 DE OUTUBRO DE 2016. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nos 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm>. Acesso em: 23 jun. 2019.

12 BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 166, DE 08 DE ABRIL DE 2019. Altera a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e a Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, para dispor sobre os cadastros positivos de crédito e regular a responsabilidade civil dos operadores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp166.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

objetiva que todas as instituições tenham acesso às mesmas informações de cada consumidor ou empreendedor, possibilitando, portanto, um aumento da competição com o oferecimento de empréstimo mais personalizados aos diferentes perfis de capacidade de pagamento. Com base em perspectivas otimistas espera-se que com o Cadastro ocorra a injeção de um trilhão de reais na economia, com impacto de aproximadamente 19% na relação crédito/PIB, ou seja, de 47% para 66%¹³.

A Lei Complementar nº 167/2019¹⁴, de 24 de abril de 2019, instituiu a Empresa Simples de Crédito (ESC), de âmbito municipal ou distrital, com atuação exclusivamente no Município de sua sede e em Municípios limítrofes, ou, quando for o caso, no Distrito Federal e em Municípios limítrofes, destina-se à realização de operações de empréstimo, de financiamento e de desconto de títulos de crédito, somente com recursos próprios, tendo como contrapartes microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, com o fito claro de tentar melhorar a liberdade para acesso a crédito e aprimorar o desenvolvimento.

A mesma e novel lei criou, também, o Inova Simples, regime especial simplificado que concede às iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem como startups ou empresas de inovação tratamento diferenciado com vistas a estimular sua criação, formalização, desenvolvimento e consolidação como agentes indutores de avanços tecnológicos e da geração de emprego e renda, objetivando melhorar a liberdade para iniciar um novo negócio e aprimorar o desenvolvimento.

A Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019¹⁵, instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências, com o intuito claro de tentar criar um Estado menos interventor para fomentar o desenvolvimento.

Outra legislação atual e bastante interessante diz respeito ao denominado Programa Rota 2030 – Mobilidade e Logística, fruto da Lei nº 13.755/2018¹⁶, corolário da Medida Provisória nº 843¹⁷, de 05 de julho de 2018, que segundo o Ministério da Economia tem como escopo ampliar a inserção global da indústria automotiva brasileira, por meio da exportação de veículos e autopeças, gerando progressivamente um movimento de inserção global, para que o país esteja inteiramente inserido e no estado das artes da produção global de veículos automotores¹⁸.

Esse Programa é bastante interessante e atua em vários setores do Estado. Assim, as políticas traçadas por esse Programa tem o escopo de estimular a pesquisa e o desenvolvimento, além de lhes conferir condições de competitividade para que tais atividades possam ocorrer no País¹⁹.

13 BRASIL. **Ministério da Economia**. Medida que facilitará acesso ao crédito foi sancionada nesta segunda-feira (8). Disponível em: <<http://www.economia.gov.br/noticias/2019/04/medida-que-facilitara-acesso-ao-credito-e-sancionada-nesta-segunda-feira-08>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

14 BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 167, DE 24 DE ABRIL DE 2019**. Dispõe sobre a Empresa Simples de Crédito (ESC) e altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional), para regulamentar a ESC e instituir o Inova Simples. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp167.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

15 BRASIL. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 881, DE 30 DE ABRIL DE 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

16 BRASIL. **LEI Nº 13.755, DE 10 DE DEZEMBRO DE 2018**. Estabelece requisitos obrigatórios para a comercialização de veículos no Brasil; institui o Programa Rota 2030 - Mobilidade e Logística; dispõe sobre o regime tributário de autopeças não produzidas; e altera as Leis nº 9.440, de 14 de março de 1997, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, 9.826, de 23 de agosto de 1999, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, e 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, e o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13755.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

17 BRASIL. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 843, DE 5 DE JULHO DE 2018**. Estabelece requisitos obrigatórios para a comercialização de veículos no Brasil, institui o Programa Rota 2030 - Mobilidade e Logística e dispõe sobre o regime tributário de autopeças não produzidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv843.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

18 BRASIL. **MINISTÉRIO DA ECONOMIA**. Rota 2030 - Mobilidade e Logística. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/index.php/competitividade-industrial/setor-automotivo/rota2030>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

19 *Idem*.

Veja-se que são medidas atuais e que almejam uma diminuição nas amarras burocráticas e tendem a incrementar o desenvolvimento. É cediço que ainda há muito a ser feito, haja vista que ainda tem-se no Brasil regras bastante impositivas e que limitam a liberdade de empreender, mas que, com o tempo, estão sendo mais flexibilizadas em prol de um desenvolvimento nacional mais completo.

Tanto é verdade que em 2018 foi divulgada pesquisa demonstrando que o Brasil ocupa a 64ª posição entre as economias mais inovadoras, segundo o *Global Innovation Index* (GII)²⁰. O Brasil sendo a maior economia da América Latina e Caribe subiu cinco posições em relação ao estudo de 2017, mas segue no meio da tabela dos países analisados. O estudo é publicado anualmente pela Universidade *Cornell*, situada em Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, pelo *Insead* e pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)²¹. O Brasil não é o líder do *ranking* na América Latina, posição essa ocupada pelo vizinho Chile²².

O país vizinho se destaca pela “qualidade regulatória, matrículas no ensino superior, acesso a crédito, empresas que oferecem treinamento formal, abertura de novas empresas e fluxos de entrada e de saída de investimentos externos diretos”²³.

O Brasil, por sua vez, tem “força comparativa nos gastos com pesquisa e desenvolvimento, importações e exportações de alta tecnologia, qualidade de publicações científicas e de universidades”²⁴.

Segundo dados de 2013 o Brasil investe 1,3% do seu PIB em desenvolvimento, o que coloca o país em 36º colocado na lista feita ONG *Batelle*²⁵.

Assim, diante do que foi exposto medidas que tendam a melhorar os padrões de liberdade para o exercício de atividades econômicas são ferramentas valiosas ao aprimoramento dos índices de desenvolvimento nacional, haja vista que geram um círculo positivo de criação de números positivos, implementando renda, emprego, e, com isso, implementação dos índices de desenvolvimento humano.

Assim, o foco desse capítulo foi fazer o liame entre o capítulo inaugural e abrir as discussões acerca do que se tratará no capítulo seguinte, quando discorrerá acerca da importância das ferramentas tributárias para aprofundar essas políticas governamentais de aquilatar o tão desejado desenvolvimento com respeito às liberdades.

4 FERRAMENTAS TRIBUTÁRIAS PARA FOMENTAR O DESENVOLVIMENTO COM LIBERDADE

Importante salientar que o tributo possuir caráter de neutralidade, ou seja, não devendo ser fomentador de gerar quebra no equilíbrio natural do mercado, ocasião em que os tributos não deverão interferir diretamente na formação dos preços dos produtos e serviços, sob pena de vilipendiar a livre iniciativa e a livre concorrência, gerando danos ao desenvolvimento.

²⁰ Índice Global de Inovação.

²¹ GLOBAL INNOVATION INDEX. Disponível em: <<https://www.globalinnovationindex.org/Home>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

²² CORREIO BRAZILIENSE. **China está entre as 20 economias mais inovadoras**; Brasil ocupa 64º lugar. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/economia/2018/07/10/internas_economia,694018/china-esta-entre-as-20-economias-mais-inovadoras-brasil-ocupa-64-lug.shtml>. Acesso em 21 jun. 2019.

²³ CORREIO BRAZILIENSE. **China está entre as 20 economias mais inovadoras**; Brasil ocupa 64º lugar. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/economia/2018/07/10/internas_economia,694018/china-esta-entre-as-20-economias-mais-inovadoras-brasil-ocupa-64-lug.shtml>. Acesso em 21 jun. 2019.

²⁴ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **China entra para grupo de 20 economias mais inovadoras do mundo**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/china-entra-para-grupo-de-20-economias-mais-inovadoras-do-mundo/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

²⁵ CALEIRO, João Pedro. **15 países que mais investem em pesquisa (e o Brasil em 36º)**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/15-paises-que-mais-investem-em-pesquisa-e-o-brasil-em-360/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

Entretanto, o Estado, em momentos imperativos, deve utilizar do tributo como forma de intervir na economia, mesmo que quebrando a liberdade do mercado, como forma de evitar desequilíbrios mais nefastos.

Tem-se a noção correta de que o tributo tem papel primordial de arrecadação de recursos para a manutenção das funções precípua do Estado, ante sua perspectiva arrecadatória, almejando financiar o sistema público de garantias dos cidadãos, ou seja, o funcionamento do próprio Estado de Direito, conforme Holmes e Sunstein *apud* Suzana Tavares da Silva (2015, p. 23).

Ocorre que, a despeito de ser de suma importância essa função, o tributo não pode se satisfazer somente nesse grau, devendo evoluir para uma outra função, cunhada no escopo de diminuir as desigualdades sociais, regionais, por meio da produção de bens e serviços públicos e de acesso universal financiado pelos tributos, como por exemplo saúde e educação, como explicita Suzana Tavares da Silva (2015, p. 23).

Em Portugal a Lei Geral Tributária, no seu artigo 5º aduz que “a tributação visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas”, promovendo a “justiça social, a igualdade de oportunidades e as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento”²⁶.

Ademais, há uma outra atribuição *sui generis* do tributo, que não objetiva unicamente um viés de arrecadação e de distribuição de riquezas para diminuição de desigualdades sociais e regionais, mas, sim, tem o escopo de interferir na economia, conhecida como função extrafiscal do tributo.

Como elucidada a mesma autora lusitana Suzana Tavares da Silva (2015, p. 27) o tributo exerce grande influência no comportamento dos respectivos sujeitos passivos. Segue citando interessante exemplo:

Quando o legislador cria um imposto ou aumenta a respectiva taxa, tornando mais oneroso determinado facto tributário, deve tomar em consideração os possíveis efeitos económicos que esta decisão vai ocasionar: se um bilhete de futebol antes sujeito ao IVA de 6% passa a ser tributado a uma taxa de 23%, o legislador não pode ignorar que essa modificação pode originar a redução do número de espectadores nos jogos de futebol e com isso interferir no financiamento dos clubes e dos agentes desportivos (SILVA, 2015, p. 27-28).

Assim, a tributação toma um contorno de criação de tributos não para, de forma simplória, arrecadar tributos, mas, sim, para estimular ou não comportamentos ou setores económicos.

Segundo Casalta Nabais:

A extrafiscalidade traduz-se no conjunto de normas que, embora formalmente integrem o direito fiscal, tem por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados resultados económicos ou sociais através da utilização do instrumento fiscal e não a obtenção de receitas para fazer frente face às despesas públicas (NABAIS, 2009, p. 629).

Prossegue o autor português:

De outro lado, é de salientar que a extrafiscalidade se expande por dois grandes domínios, cada um deles traduzindo uma técnica de intervenção ou de conformação social por via fiscal: a dos impostos extrafiscais, orientados para a dissuasão ou evitação de determinados comportamentos (em que são de integrar os chamados agravamentos extrafiscais de impostos fiscais), e a dos benefícios fiscais dirigidos ao fomento, incentivo ou estímulo de determinados comportamentos (NABAIS, 2009, p. 630).

²⁶ PORTUGAL. DECRETO-LEI Nº 398, DE 17 DE DEZEMBRO DE 1998. Disponível em: <<https://www.pwc.pt/pt/pwcinforfisco/codigos/lgt/dl-398-98.html#art5>>. Acesso em 24 jun. 2019.

Assim, resumindo, a fiscalidade nada mais é do que a maneira adotada pelo Estado para arrecadar tributos, enquanto que a extrafiscalidade é a utilização do tributo para obter os efeitos econômicos e sociais desejados (TORRES, 1999, p. 135).

Os incentivos fiscais são destinados a promover o equilíbrio socioeconômico entre as diferentes regiões do País (artigo 151, I, cumulado com o artigo 43, § 2º, ambos da Constituição Federal de 1988). Os benefícios fiscais, criados com base na extrafiscalidade, devem ser utilizados em caráter residual e com parcimônia, pelo legislador, para não quebrar o equilíbrio natural do mercado, criando benefícios odiosos e ferindo de morte o basilar princípio da isonomia.

Paulo Caliendo orienta que:

[...] o uso de isenções e benefícios fiscais é uma medida excepcional em nosso sistema, fundado na fiscalidade. A sua utilização deve ser complementar e coerente com o sistema geral, não podendo servir para criar novas iniquidades, complexidade desnecessária no sistema ou desorganizar o sistema econômico por isenções distorcivas do mercado. A proteção do mercado é uma questão de ordem pública em nosso sistema²⁷.

A concessão de benefícios, no entanto, não pode ficar a mercê de interesses políticos e econômicos, mormente os defendidos por *lobbies*, no mais das vezes obscuros, como refere Buffon (2009, p. 224).

Assim, de suma importância, destacar que aplicando com correção essa função do tributo, indubitavelmente, alcançar-se-á, com louvor, o tão almejado desenvolvimento nacional, fomentando com maestria as mais variadas regiões do país, criando um ambiente desenvolvimentista. É papel forte do Estado assim proceder.

Ademais, uma aplicação tributária com um viés mais focado na seletividade, na essencialidade e na progressividade podem ser um meio importante de alavancagem do desenvolvimento, melhorando sensivelmente as liberdades individuais e coletivas em um país com dimensões abissais.

Assim, as hipóteses de seletividade existentes no Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e no Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (ICMS), e com relação à progressividade, tem-se o Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), Imposto Territorial Rural (ITR) e Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR). Entretanto, em que pese o esforço tributário ocorrido, não é autossuficiente, haja vista que, na gama de tributos existentes, vê-se que essa realidade não é regra no sistema constitucional tributário.

Nesta senda, no bojo do que se expôs neste e nos tópicos alhures, medidas de cunho estatal tem o condão de fomentar políticas extrafiscais e, assim, minorar as falhas na liberdade e no desenvolvimento. Vide, como exemplo, a Zona Franca de Manaus, que foi criada em idos de 1957, por meio da Lei nº 3.173, de 6 de junho de 1957²⁸. A lei foi complementada pelo Decreto-lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967²⁹, aduzindo que a Zona Franca de Manaus é “uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário”,

27 CALIENDO, Paulo. **Tributação e ordem econômica**: os tributos podem ser utilizados como instrumentos de indução econômica? Disponível em: <<http://revistaeletronica.rfd.unibrasil.com.br/index.php/rfd/article/view/685/471>>. Acesso em: 21 jun. 2019, p. 197.

28 BRASIL. **LEI Nº 3.173, DE 06 DE JUNHO DE 1957**. Cria uma zona franca na cidade de Manaus, capital do Estado do Amazonas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L3173.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

29 BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 288, DE 28 DE FEVEREIRO DE 1967**. Altera as disposições da Lei número 3.173 de 6 de junho de 1957 e regula a Zona Franca de Manaus. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/delo288.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

ou seja, fomentando aquela região distante dos grandes centros. Esse mesmo Decreto-lei aduziu que o prazo das isenções previstas para a Zona Franca seria de 30 anos, podendo ser prorrogada.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) enunciou que fica “mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição”.

Em 2003, a Emenda Constitucional nº 42³⁰, alterou o ADCT e incluiu prazo de dez anos para a Zona Franca de Manaus. A Emenda Constitucional nº 83, de 05 de agosto de 2014³¹, incluiu um novel artigo no ADCT, para definir que “Art. 92-A. São acrescidos 50 (cinquenta) anos ao prazo fixado pelo art. 92 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, ou seja, ampliando para 2073.

De bom tom a citação da Exposição de Motivos da Proposta de Emenda à Constituição nº 103/2011, que procedeu a ampliação do prazo da Zona Franca por mais 50 anos, demonstra a importância de ferramentas como essa para desenvolvimento de uma região menos favorecida do país, que assim dispõe:

O estágio atual do Polo Industrial de Manaus – PIM pode ser mensurado por diversos indicadores econômicos e sociais relevantes, como a geração de mais de 118 mil empregos diretos e quase 500 mil indiretos, os mais de 35 bilhões de dólares faturados em 2010 e os mais de 10 bilhões de dólares em investimentos existentes. Ressalte-se que essa dinâmica econômica ocorre dentro de um contexto de sustentabilidade ambiental, na medida em que contribui para a preservação de 98% da cobertura florestal do Estado do Amazonas e a amenização dos efeitos danosos causados pelas mudanças climáticas ao redor do planeta, corroborando e fortalecendo o modelo ZFM adotado pelo Brasil na região amazônica³².

A Zona Franca de Manaus é apenas um exemplo claro de implementação de políticas tributárias com o fito de desenvolver e gerar melhoria nas liberdades de uma região com menor impacto, gerando o objetivo do desenvolvimento nacional e mais equânime de todas as regiões do país.

Existem outros exemplos bastante importantes ao redor de todo o país, com esse fito de melhoramentos no desenvolvimento. A Zona Franca de Manaus talvez seja o maior exemplo e com maiores repercussões.

Nesse cotejo de ideias, a Zona Franca de Manaus, o Programa Rota 2030, entre outros são ações governamentais muito maiores do que o fito único de arrecadação tributária.

Outra medida que pode ser citada é a modernização da agricultura familiar como parte de uma estratégia para estimular o desenvolvimento rural, por meio de incentivos fiscais, para que essas famílias possam de alguma forma produzir maiores riquezas para o país. O Brasil tem no seu DNA esse viés rural, porém, com os vários problemas econômicos-sociais, as famílias realizaram o êxodo rural, gerando ou agravando os problemas das cidades, tais como, pobreza, ocupações irregulares, migração de estados do Norte e Nordeste para os estados sulistas.

Outro benefício acima indicado, que bebe nas fontes da Constituição Federal, é o incentivo para micro e pequenas empresas nacionais, com fulcro nos artigos 170, IX e 179. O

³⁰ BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 42, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

³¹ BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 83, DE 5 DE AGOSTO DE 2014. Acrescenta o art. 92-A ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc83.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

³² BRASIL. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 103, DE 26 DE OUTUBRO DE 2011. Acresce o art. 92-A ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=933553&filename=PEC+103/2011>. Acesso em: 24 jun. 2019.

regime do Simples Nacional, com base na Lei nº 123/2006 e suas alterações, como já mencionado no capítulo acima, criaram um sistema de incentivos para as empresas de porte menor no Brasil, universalizando a atividade empresarial e o pequeno empreendedor. Juntamente a esse sistema, foi criado o Microempreendedor Individual (MEI), que coloca os autônomos que eram pessoas normalmente informais e à margem do sistema previdenciário, dentro de um sistema de pagamento de contribuição previdenciária e dos impostos municipal e estadual, com baixa contribuição e uma gama de direitos.

Não se pode deixar de citar o incentivo fiscal às cooperativas, haja vista que o sistema vem crescendo, inclusive atingindo searas antes não navegadas, tal como cooperativas de consumo e de crédito, em concorrência aos mercados e bancos tradicionais. O sistema cooperativo elenca benefícios com o fito de melhorar a qualidade de vida dos cooperados e aumento na competitividade.

Conjugando tudo o que foi dito, pode-se analisar que o desenvolvimento não é apenas um mero crescimento econômico. Obviamente, que o crescimento econômico também é salutar, mas o ideal é conciliar crescimento com desenvolvimento. Assim, mister que haja a distribuição dessa riqueza em favor do bem-estar social, ocasionando mudanças significativas nos índices de desenvolvimento humano, com a efetivação da dignidade da pessoa humana, bem como atingir um fortalecimento das liberdades.

Realizando esse liame, o precitado IRBES será radicalmente modificado no Brasil, para melhor, fazendo com que se tenha uma similitude entre a carga tributária e o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), melhorando, sem dúvida, o papel do tributo na sua função extrafiscal, na diminuição das desigualdades sociais, regionais, culturais e na melhoria da liberdade econômica e individual dos cidadãos.

Assim, é hialino que a tributação é uma excelente ferramenta para a realização do desenvolvimento e melhoria na liberdade, devendo ser cada vez mais utilizado para chegar ao objetivo almejado pela República Federativa do Brasil.

5 CONCLUSÃO

Desenvolvimento e liberdade tornou-se um binômio muito importante para os Estados hodiernamente. Isso, pois, o Desenvolvimento é um dos objetivos a ser alcançado pela República Federativa do Brasil. Porém, desenvolver não é simplesmente um crescimento econômico, que é um dado meramente numérico. Busca-se um desenvolvimento mais amplo, com atingimento de reflexos sociais, educacionais, saneamento básico, sustentabilidade ambiental e efetivação da dignidade da pessoa humana, com reflexos diretos no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).

Assim, tem papel de destaque a aproximação entre as liberdades individuais, sociais, econômicas para o atingimento satisfatório do desenvolvimento querido pelo país.

Nesse sentido, diversas medidas de cunho importante tem sido realizadas no Brasil com o mote de implementar políticas públicas de melhoria nos critérios de liberdade dos indivíduos e da nação e, por via reflexa, fomentando o desenvolvimento, criando uma amálgama no sistema que irá melhorar o contexto da vida dos brasileiros.

De sobremaneira o tributo tem um papel de vanguarda para o alcance dessas políticas desenvolvimentista e que fomentem uma melhor absorção das liberdades humanas, haja vista que além de arrecadar tributos, função básica e de suma importância, possui uma outra, de não menor valia, que é a repartição para minorar a pobreza e a função extrafiscal, qual seja,

interferir na economia para alavancar ou desincentivar consumo de produtos, serviços e condutas da iniciativa privada no cotidiano.

É, por óbvio, função de grande acuidade no sistema tributário, porém, não perdendo de vista que isso não poderá, em condições normais, prejudicar a livre iniciativa do mundo dos negócios, que deve ser sustentado pelas bases da igualdade, sob pena de vilipêndio à Constituição Federal. Eis a festejada regra da neutralidade fiscal, alicerce do sistema econômico.

Por isso, deveras salutar que o Estado use políticas tributárias enigmáticas para fomentar o desenvolvimento, alinhavado às ideias das liberdades, buscando fomentar a economia do país. Típico exemplo dessa construção é a Zona Franca de Manaus que recentemente foi ampliada para mais cinquenta anos, gerando progresso, crescimento e desenvolvimento para uma região brasileira que detinha problemas de ordem social, econômica e, que foram amenizados por essa política pública-fiscal a partir dos anos 1960.

Existem outros exemplos de bom uso de ferramentas tributárias indicadas no texto para melhoria dos critérios de desenvolvimento e liberdade e que devem cada vez mais serem ampliadas, com o fito de implementar as políticas públicas e o aditamento do IDH, fazendo com que a sensação de carga tributária exacerbada saia da mentalidade das pessoas, fazendo com que sintam que pagar tributo gera um bem coletivo e, porque não, individual.

O Índice IRBES indicado alhures coloca o Brasil em posição de alerta, haja vista que os tributos pagos, direta ou indiretamente, não estão atingindo aprimoramento nos índices de desenvolvimento da população, não ampliando educação, ensino, saúde, saneamento etc., gerando uma sensação de que paga-se tributo em excesso sem o devido retorno em serviços públicos.

Os governantes tem o papel fundamental de implementar medidas de controle das contas públicas e melhor uso dos valores arrecadados, aplicando em políticas públicas que representem uma saída do retrocesso e o alcance do tão almejado desenvolvimento com o respeito às liberdades do homem. Nesse contexto, as ferramentas tributárias exercem papel de grande valia para atingir o desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gilberto do Amaral; OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Letícia Mary Fernandes do. **Cálculo do IRBES**. Disponível em: <<http://ibpt.impostometro.s3.amazonaws.com/Arquivos/06%2BIRBES%2B2015.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 1972.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 288, DE 28 DE FEVEREIRO DE 1967**. Altera as disposições da Lei número 3.173 de 6 de junho de 1957 e regula a Zona Franca de Manaus. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/delo288.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 42, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2003**. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 83, DE 5 DE AGOSTO DE 2014. Acrescenta o art. 92-A ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc83.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. LEI Nº 3.173, DE 06 DE JUNHO DE 1957. Cria uma zona franca na cidade de Manaus, capital do Estado do Amazonas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L3173.htmimprensa.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. LEI Nº 13.755, DE 10 DE DEZEMBRO DE 2018. Estabelece requisitos obrigatórios para a comercialização de veículos no Brasil; institui o Programa Rota 2030 - Mobilidade e Logística; dispõe sobre o regime tributário de autopeças não produzidas; e altera as Leis nº 9.440, de 14 de março de 1997, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, 9.826, de 23 de agosto de 1999, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, e 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, e o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13755.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 128, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2008. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 155, DE 27 DE OUTUBRO DE 2016. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nos 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 166, DE 08 DE ABRIL DE 2019. Altera a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e a Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, para dispor sobre os cadastros positivos de crédito e regular a responsabilidade civil dos operadores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp166.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 843, DE 5 DE JULHO DE 2018.** Estabelece requisitos obrigatórios para a comercialização de veículos no Brasil, institui o Programa Rota 2030 - Mobilidade e Logística e dispõe sobre o regime tributário de autopeças não produzidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv843.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 881, DE 30 DE ABRIL DE 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. **Ministério da Economia.** Medida que facilitará acesso ao crédito foi sancionada nesta segunda-feira (8). Disponível em: <<http://www.economia.gov.br/noticias/2019/04/medida-que-facilitara-acesso-ao-credito-e-sancionada-nesta-segunda-feira-08>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. **MINISTÉRIO DA ECONOMIA.** Rota 2030 - Mobilidade e Logística. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/index.php/competitividade-industrial/setor-automotivo/rota2030>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. **Portal do Empreendedor.** Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/estatisticas>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. **PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 103, DE 26 DE OUTUBRO DE 2011.** Acresce o art. 92-A ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=933553&filename=PEC+103/2011>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana:** entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CALEIRO, João Pedro. **15 países que mais investem em pesquisa (e o Brasil em 36º).** Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/15-paises-que-mais-investem-em-pesquisa-e-o-brasil-em-360/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

CALIENDO, Paulo. **Tributação e ordem econômica:** os tributos podem ser utilizados como instrumentos de indução econômica? Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/685/471>>. Acesso em 21 jun. 2019.

CORREIO BRAZILIENSE. **China está entre as 20 economias mais inovadoras;** Brasil ocupa 64º lugar. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2018/07/10/internas_economia,694018/china-esta-entre-as-20-economias-mais-inovadoras-brasil-ocupa-64-lug.shtml>. Acesso em 21 jun. 2019.

DORN, James A. **Biografia:** Peter Bauer. Disponível em: <<http://ordemlivre.org/posts/biografia-peter-bauer>>. Acesso em 21 jun. 2019.

FURTADO, Celso. **Cultura e Desenvolvimento em Épocas de Crise**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

GLOBAL INNOVATION INDEX. Disponível em: <<https://www.globalinnovationindex.org/Home>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **China entra para grupo de 20 economias mais inovadoras do mundo**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/china-entra-para-grupo-de-20-economias-mais-inovadoras-do-mundo/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PORTUGAL. **DECRETO-LEI N.º 398, DE 17 DE DEZEMBRO DE 1998**. Disponível em: <<https://www.pwc.pt/pt/pwcinforfisco/codigos/lgt/dl-398-98.html#art5>>. Acesso em 24 jun. 2019.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentato**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direito Fiscal**: teoria geral. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO
DESENVOLVIMENTO E AS INTERVENÇÕES
ESTATAIS DO GOVERNO BRASILEIRO NA ATIVIDADE
EMPRESARIAL NO SÉCULO XX

DANIEL JACOMELLI HUDLER
MARCELO BENACCHIO

VOLUME 11 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2020

O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO E AS INTERVENÇÕES ESTATAIS DO GOVERNO BRASILEIRO NA ATIVIDADE EMPRESARIAL NO SÉCULO XX

THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT TO DEVELOPMENT AND STATE INTERVENTIONS OF THE BRAZILIAN GOVERNMENT IN BUSINESS ACTIVITY IN THE 20TH CENTURY

Recebido: 11/02/2020
Aprovado: 07/07/2020

Daniel Jacomelli Hudler¹
Marcelo Benacchio²

RESUMO:

No atual cenário de coordenação de esforços e de incentivo à cooperação entre Estados, empresas transnacionais e a sociedade civil, a humanidade enfrenta o dilema existente sobre a desigualdade entre Estados e uma promessa de concerto global mais justo, por meio do direito ao desenvolvimento. Neste contexto, uma questão preliminar consiste na compreensão do conceito de desenvolvimento e sua aplicação ao Direito. Assim, a presente análise se inicia em estudos econômicos e, em seguida, verifica a sua incorporação pelo universo jurídico, notadamente pelos Direitos Humanos. Pretende-se, ainda, uma análise das intervenções estatais no âmbito da economia brasileira com esteio nas respectivas políticas de desenvolvimento durante o século XX, a fim de aferir se tais intervenções foram desfavoráveis à atividade empresarial. O presente trabalho utiliza-se do método hipotético-dedutivo auxiliado por pesquisa bibliográfica. Conclui-se que os estudos econômicos foram fundamentais para consolidação do direito ao desenvolvimento, que representa um recorte muito específico de um fenômeno multifacetado do desenvolvimento, com aspectos econômicos, sociais e culturais, o qual envolve uma noção de crescimento econômico, mas que não se limita a este; bem como de que as intervenções estatais serviram como guia para a implementação de políticas econômicas de desenvolvimento, e que tais políticas, ainda que questionáveis na forma de sua execução, nem sempre refletiram um prejuízo ao setor empresarial.

Palavras-chave: Direito ao desenvolvimento. Crescimento econômico. Desenvolvimento humano e sustentável. Direitos Humanos e atividade empresarial.

ABSTRACT:

Given the current scenario of coordinating efforts and encouraging cooperation between states, transnational corporations, and civil society, humanity faces the dilemma between state

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE-SP) com bolsa de pesquisa PROSUP/CAPES (2019), área de concentração "Justiça, Empresa e Sustentabilidade". Especialista em Direito Processual Civil (2019) e Bacharel em Direito (2013) pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE-SP). Advogado com ênfase na área cível, direito do consumidor, direito de família e sucessões em São Paulo. E-mail: djhudler@gmail.com

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1991). É professor permanente do Mestrado em Direito e da Graduação da Universidade Nove de Julho- UNINOVE. Professor Convidado da Pós Graduação lato sensu da PUC/COGEAE e da Escola Paulista da Magistratura. Prof. Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. E-mail: benamarcelo@gmail.com.

inequalities and a promise of a fairer global concertation through the right to development. In this context, a preliminary question is understanding the concept of development and its application to law. Thus, we start from economic studies and then verify the incorporation of economic thought into the legal universe. It is also intended an analysis of the Brazilian governmental intervention on economy during the twentieth century, with the application of developer policies, in order to determine whether these criteria were favorable or not for business activity. This academic work uses the hypothetical-deductive method aided by bibliographical review. It was concluded that economic studies were fundamental for the increase of law and its later standardization in the legal scenario, which represent a very specific cut of a multifaceted phenomenon, with economic, social and cultural aspects, or which involves a perspective of economic growth, but not limited to this one; as well as who uses state statistics as a guide for the implementation of development policies, and which policies, although questionable, are not always reflected or impaired in business activities.

Keywords: Right to development. Economic Growth. Human and sustainable development. Human Rights and business.

INTRODUÇÃO

Para implementação do desenvolvimento em âmbito nacional, tornou-se lugar comum a defesa de uma “desburocratização”, “desregulamentação” e enxugamento da máquina administrativa pública. A pretexto de uma melhor organização e racionalidade jurídica do direito econômico, recentemente, defendeu-se a positivação deste pensamento por meio de um marco legislativo, recentemente incorporado por meio da Lei nº 13.874/2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

No entanto, para além da insatisfação popular e das escolhas políticas relacionadas a um determinado governo, existe um embate político subjacente sobre as possíveis políticas de desenvolvimento a serem adotadas pelo Estado, seja a partir da escolha de incentivo à iniciativa privada ou de serviços públicos para determinadas atividades econômicas, seja sobre a regulação da atividade empresarial em si.

Debates estes que, apesar de sua relevância, reverberam no âmbito político sem uma leitura jurídica contextualizada ou qualquer recorte histórico indispensável à sua compreensão – e, muitas vezes, reduzidos ao senso comum, como se a resposta aos desafios do desenvolvimento se resumissem a uma questão meramente orçamentária, a exemplo de uma defesa intransigente e irrestrita de “privatizações” de empresas estatais para redução de gastos públicos ou do corte de programas sociais sem maiores critérios.

Assim, uma questão preliminar às decisões políticas consiste na identificação do conceito (ou conceitos) de desenvolvimento hodiernamente adotado(s) pela comunidade nacional e internacional, a fim de verificar, em um primeiro momento, qual a estrutura normativa que o desenvolvimento deverá atender e, em um segundo momento, se a opção política de maior intervenção estatal em âmbito econômico se reflete necessariamente como um prejuízo ao setor empresarial.

A delimitação temática tem por objetivo balizar o debate político sobre desenvolvimento a partir de uma leitura adequada e operacional do desenvolvimento sob aspecto jurídico e justifica-se na medida em que necessária para a fundamentação da própria promoção do planejamento e execução de políticas públicas relacionadas ao desenvolvimento em conjunto

com os demais atores sociais, no atual cenário de coordenação de esforços e de incentivo à cooperação entre Estados, empresas transnacionais e a sociedade civil.

Para esta finalidade, o presente estudo se orienta pelos seguintes questionamentos: i) quais conceitos econômicos de desenvolvimento se aplicam ao contexto jurídico atual?; ii) a intervenção estatal seria necessariamente prejudicial ao desenvolvimento econômico, em especial à atividade empresarial privada nacional?

Para responder a essas questões, este estudo utiliza-se do método hipotético-dedutivo, auxiliado por pesquisa revisional bibliográfica, com foco nas principais reflexões trazidas a partir do século XX, em especial as concepções de *desenvolvimento humano e sustentável* adotadas em âmbito internacional e pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como dos principais acontecimentos a respeito da economia do século XX no que se relaciona às intervenções do Estado e a sua repercussão na atividade empresarial.

2 DESENVOLVIMENTO: DIVERSIDADE E AMPLITUDE CONCEITUAL NA ECONOMIA

Na atualidade, o conceito de desenvolvimento é tomado como expressão de um interesse legítimo da comunidade internacional em busca de uma melhoria contínua e sustentável de vida. No entanto, os elementos que envolvem este conceito precedem a própria noção jurídica, de modo que, para uma compreensão mais coerente com os objetivos pretendidos pela comunidade internacional, indispensável uma análise a partir de outras áreas do conhecimento.

Sob o prisma econômico, o que seria o desenvolvimento? A partir dos estudos furtadianos da década de 1960, já temos como norte que uma teoria do desenvolvimento sob uma perspectiva macroeconômica, deve intentar explicar as causas e o mecanismo de aumento da produtividade do fator trabalho, suas repercussões na organização da produção, bem como na forma como se distribui e se utiliza o produto social (FURTADO, 1975, p. 4-10).

A partir deste entendimento preliminar, torna-se possível identificar que várias concepções de desenvolvimento foram concebidas muito antes das atuais. De modo geral e por muito tempo, a noção de crescimento econômico coincidia com desenvolvimento, desde as conjecturas filosóficas sobre a teoria da distribuição de renda elaboradas ao longo do século XVIII³; posteriormente, novas contribuições surgiram a partir do século XIX⁴ com enfoque nos estudos de formação de preços e os modelos estáticos de maximização por meio do mecanismo de oferta e procura no mercado; além desses, outros autores ganharam relevância dada suas visões ímpares, a exemplo de Karl Marx e sua percepção relacionada à produção sob um enfoque histórico e de conflito de classes, e de John Maynard Keynes, sobre as rendas e empregos flutuantes nas crises cíclicas do capitalismo.

Mesmo em uma visão um pouco mais atual, há autores como Paul A. Samuelson e William D. Nordhaus (1999, p. 517/521 e 538), que entendem que o crescimento representa uma expansão do Produto Interno Bruto potencial ou produto nacional de um país⁵, que ocorrerá quando as suas possibilidades de produção se projetam para fora do âmbito nacional⁶. O crescimento econômico resultaria no aumento de renda *per capita* e conseqüente melhoria de

3 Neste sentido, por exemplo, os economistas François Quesnay, Adam Smith, David Ricardo, Tomas Malthus, Jean-Baptiste Say, John Stuart Mill.

4 Neste sentido, por exemplo, os economistas Carl Menger, Alfred Marshall, Leon Walras, William Stanley Jevons, Knut Wicksell, Vilfredo Pareto e Irving Fisher.

5 Na definição de Paul A. Samuelson e William D. Nordhaus (1999, p.740), crescimento econômico é o aumento do produto total de um país ao longo do tempo. O crescimento econômico é geralmente quantificado pela taxa de crescimento anual do PIB real de um país (ou do PIB potencial real).

6 Para tanto, os autores consideram que há “quatro rodas do crescimento”, compostas por: i) recursos humanos (que envolve a oferta de trabalho, educação, disciplina e motivação); ii) recursos naturais; iii) formação de capital (que se refere também à infraestrutura mínima); iv) tecnologia.

qualidade de vida das pessoas. Esse crescimento, pode ser atingido tanto por países desenvolvidos como pelos países “em via de desenvolvimento”, os quais, tem como característica principal o reduzido rendimento *per capita* e a busca em comum de uma melhora qualitativa de vida, expressa em melhores recursos para cuidados de saúde, educação, alimentação e rendimentos.

Por outro lado, digno de nota que uma distinção entre crescimento econômico e desenvolvimento já se apresentava em economistas do início do século XX, a exemplo de Joseph Alois Schumpeter. Segundo Schumpeter (2010, p.57-66), desenvolvimento não seria o mero crescimento econômico, revelado pelo aumento populacional e de riqueza, mas a implementação de novas combinações para os fatores produtivos, que ocorreriam pela junção de um ou mais elementos, por ele elencados: i) introdução de novos bens de consumo; ii) introdução de novos métodos de produção; iii) abertura de novos mercados; iv) conquista de novos recursos de matéria bruta ou semimanufaturada; iv) nova organização da indústria, como a criação de uma posição de monopólio ou a quebra desta posição.

Em que pese este conceito ter sido popular por identificar o empresário como protagonista do desenvolvimento, esta perspectiva foi criticada por Furtado (1975, p.46/51) por sua imprecisão, por desconsiderar outros fatores sociais relevantes e pela necessidade de uma análise também a partir da formação histórica do desenvolvimento⁷. Isto porque, pela ótica furtadiana, crescimento econômico consistiria no aumento da eficácia do sistema de produção por meio da acumulação e do progresso das técnicas, enquanto desenvolvimento refere-se ao grau de satisfação das necessidades humanas, sejam elas essenciais como alimentação, expectativa de vida, habitação e vestuário, sejam as decorrentes de um contexto cultural determinado (FURTADO, 1980, p. 15-17).

Mas, para os limites do presente estudo, há um recorte mais específico e posterior, que amplia o sentido de desenvolvimento, incorporado ao universo jurídico por meio das conferências e documentos produzidos principalmente no âmbito da Organização das Nações Unidas. Trata-se das concepções de *desenvolvimento sustentável e humano*.

Em uma tentativa de incorporação das necessidades mais complexas da natureza humana, o economista indiano Amartya Sen apresentou outro entendimento. Em suas reflexões, o conceito de desenvolvimento assume uma feição de processo pessoal de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam (SEN, 2013, p. 27-42). Importante enaltecer: embora reconheça que este conceito não esteja inteiramente dissociado do crescimento econômico, o autor vai além desta noção, na medida em que atribui um significado de liberdade mediante a eliminação dos obstáculos que impedem o ser humano do exercício pleno de suas ações racionais e de ter uma vida dotada de valor.

Dentre as fontes de privação da liberdade elencadas por Sen estão a falta de acesso a serviços de saúde e educação, emprego remunerado e participação política. Como consequência dessas privações, afirma que a pessoa se vê impedida de atender suas necessidades mais básicas de saciar sua fome, vestir-se adequadamente, receber tratamento médico e educação apropriados, morar dignamente e participar ativamente da vida social, política e econômica de sua comunidade. E seria justamente a partir do atendimento dessas necessidades, denominadas “oportunidades adequadas”, que o ser humano se torna capaz de moldar seu próprio destino e de influenciar de maneira positiva a vida das demais pessoas. Isto é, quando a pessoa é possuidora de maior liberdade, aumenta-se o potencial de cuidar de si mesma e de influenciar o mundo, enquanto agente do processo de desenvolvimento – e não como mero expectador.

Além dessa concepção, que coloca o ser humano no centro do desenvolvimento, há outra contribuição relevante, por parte do economista polonês naturalizado francês Ignacy

⁷ Neste ponto, importante esclarecer que uma das principais análises elaboradas por Furtado, a partir de seus estudos da década de 1960 e 1970, projeta-se em dois planos: o primeiro, a de análise do processo de crescimento econômico a partir de formulações abstratas; o segundo, um estudo crítico, em confronto com a realidade, no plano histórico.

Sachs, com um destaque maior para a proteção do meio ambiente. A partir da ideia de sustentabilidade, Sachs (2008) defende a necessidade de um desenvolvimento socialmente incluyente, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado. Para sistematizar as questões econômicas, sociais, ambientais e humanas, preleciona o desenvolvimento sustentável como aquele fundado na observância de alguns pilares básicos.

De início, baseou-se em cinco critérios (SACHS, 1993, p. 37-38) e posteriormente, passou a conceber mais dimensões (SACHS, 2002, p. 85-89), esmiuçadas a seguir: i) *social*: envolve a ideia de homogeneidade social, ou seja, um equilíbrio de perspectivas e possibilidade de vida digna a todos, mediante a promoção do pleno emprego, acesso a serviços sociais e justa distribuição de renda ; ii) *cultural*: necessidade de busca pelas raízes endógenas para o ecodesenvolvimento, por meio de um projeto nacional apto a soluções específicas à cada localidade; iii) *ecológico*: envolve a preservação dos recursos naturais e a preferência pelos recursos renováveis; iv) *ambiental*: retrata o respeito ao meio ambiente, em que o progresso humanizado deverá também considerar as condicionantes ambientais, no intuito de garantir a preservação intergeracional da natureza; v) *territorial*: dirigido à obtenção de configurações urbanas e rurais mais equilibradas; vi) *econômica*: engloba o gerenciamento mais eficiente de recursos e de um fluxo de investimentos públicos e privados com vistas ao desenvolvimento econômico intersetorial equilibrado, com segurança alimentar, capacidade de modernização dos instrumentos de produção, razoável nível de autonomia científica e tecnológica e inserção soberana na economia internacional; vii) *política*: subdivide-se no âmbito nacional – o Estado deverá implementar o projeto nacional, em parceria com todos os agentes atuantes no mercado, por meio de um sistema democrático e coeso – e internacional.

Sob a perspectiva internacional, o desenvolvimento deverá se basear em uma gama de instituições e organizações. Neste sentido, o autor menciona a necessidade de eficiência do sistema de prevenção de guerras da ONU para garantia da paz, com base na promoção da cooperação internacional, no princípio da igualdade, no controle institucional efetivo do sistema internacional financeiro e da aplicação do Princípio da Precaução na gestão do meio ambiente e dos recursos naturais, enquanto patrimônio global, para prevenção das mudanças globais negativas, proteção da diversidade biológica (e cultural), e na promoção de um sistema efetivo de cooperação científica e tecnológica internacional com a eliminação parcial do caráter *commodity* da ciência e tecnologia, também como propriedade da herança comum da humanidade.

Nessa vasta gama de compreensões, um ponto de relevância é a percepção de que a noção (ou noções) de desenvolvimento passou a ganhar certa autonomia, e que, embora guardem estreita conexão com crescimento econômico – relação que não é negada pelos autores em comento – não se limita a esta.

3 A INCORPORAÇÃO DOS CONCEITOS ECONÔMICOS DE DESENVOLVIMENTO AO ÂMBITO JURÍDICO E A SUA RELEVÂNCIA ENQUANTO DIREITO

No âmbito jurídico, Eros Roberto Grau (2012, p.213) enquadra o crescimento econômico como uma “parcela da noção de desenvolvimento”, diferenciando o aspecto quantitativo (ligado ao crescimento econômico) do aspecto qualitativo (o desenvolvimento de forma ampla). Em sua compreensão, a ideia de desenvolvimento decorre de um processo de mobilidade social, acompanhado da elevação dos níveis econômicos e culturais da comunidade. Neste mesmo sentido, Pinto Ferreira entende desenvolvimento como um processo global de mudança social e da economia fundado nos seguintes pontos, a saber: i) – incremento da renda *per capita*;

ii) - distribuição dos bens da vida de maneira mais adequada; iii) – majoração do bem-estar comunitário, por meio da democratização da propriedade, dos bens e serviços e da satisfação de necessidades humanas (FERREIRA, 1993, p. 39-42).

Sobre essas concepções, digna de nota a crítica de Gilberto Bercovici (2005, p. 53), que identifica a possibilidade de existir um crescimento econômico com aumento da produtividade sem que haja uma necessária melhora nas condições de vida da pessoa e, neste caso, em seu entendimento, não haveria o desenvolvimento, mas uma mera modernização.

A partir desta noção é que se torna possível a formulação de perguntas mais essenciais: para onde se deseja direcionar a economia, quais regras e limites éticos se pretende adotar e, principalmente, qual a finalidade do mercado. Isto é, o crescimento econômico pretendido por meio do mercado não está restrito à medição da produção de bens e circulação de serviços segundo “interesses do mercado”, mas está atrelado a um processo contínuo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam, no sentido de se propiciar meios de redução da pobreza, tirania, carência de oportunidade e a destituição social sistemática, caminho este que não está em oposição ao mercado, mas caminha por meio dele (SEN, 2013). Neste ponto, já se vem entendendo que um dos objetivos do mercado, quiçá o mais importante, é servir ao desenvolvimento das potencialidades e liberdades humanas.

Esses pensamentos, de forma dialógica, contribuíram também para a formação de um conteúdo jurídico sobre o desenvolvimento, sobretudo relacionado à criação de instituições e organizações que estabelecem os contornos de sua estrutura normativa, a qual dependerá também da articulação política de cada Estado. E aqui, válida a reflexão de que o conteúdo do desenvolvimento poderá ser almejado tanto por nações desenvolvidas quanto por nações “periféricas ou semi-periféricas”, como direito ou, melhor dizendo, “o direito ao desenvolvimento é voltado a sua busca nas nações periféricas e semiperiféricas, já o direito do desenvolvimento é destinado à sua manutenção (riqueza) nas nações desenvolvidas” (AZEVEDO; CLARK, 2019, p. 84).

Neste passo, o fenômeno do desenvolvimento direta ou indiretamente se faz presente em diversos diplomas jurídicos internacionais⁸, desde sua primeira menção por meio do Relatório Brundtland⁹, apresentada pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento da ONU, em que desenvolvimento é tomado como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades” (ONU, 1987).

Influenciado por aquele relatório, um dos principais documentos sobre desenvolvimento é a Resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 4 de dezembro de 1986, que constitui a chamada *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. Em seu artigo primeiro há o reconhecimento enquanto direito humano inalienável, mas é em seu preâmbulo que se encontra um conceito multidisciplinar, enquanto um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população com base na participação ativa, livre e significativa, inclusive na distribuição justa dos benefícios resultantes (ONU, 1986).

8 Neste sentido, mencionam-se os seguintes: Carta das Nações Unidas assinada em 26 de junho de 1945 já versava sobre a necessidade de se atingir o progresso social com melhores condições de vida através da autodeterminação dos povos de forma a estimular o desenvolvimento econômico e social. A partir daí, as normativas que se sucederam continuaram a se dedicar em maior ou menor escala ao tema, à exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; 1º Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - Resoluções 1710 (XVI) e 1.715(XV) de 1961; Conferência das Nações Unidas Sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) de 1964; Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966; II Conferência das Nações Unidas Sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) de 1968; Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969; Declaração sobre progresso social e desenvolvimento; Resolução nº 3.362 sobre Desenvolvimento e Cooperação Econômica de 1975, dentre outros.

9 Relatório intitulado “Nosso Futuro Comum”, mais conhecido como Relatório Brundtland, em razão da presidência da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento ter sido exercida por Gro Harlem Brundtland.

A incorporação deste conceito de desenvolvimento também se deu nos documentos jurídicos e compromissos da comunidade internacional assumidos posteriormente, por meio dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) e do Pacto Global, ambos propostos em 2000, relacionados ao desenvolvimento sustentável e humano; bem como sua continuidade por meio da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, formulada em 2015, que busca atingir 17 objetivos integrados, indivisíveis, e que equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental (ONU, 2015). Um aspecto em comum desses documentos é que convocam a sociedade como um todo para uma participação inclusiva para além da atuação estatal.

Sobre a natureza jurídica do desenvolvimento, cumpre indicar que, além de ser classificado por Paulo Bonavides (2006, p.563) como um direito fundamental de terceira geração, cuja titularidade pertence à comunidade, também tem uma afinidade com outros direitos já consagrados. Vale dizer: está intimamente ligado à formação e consolidação de direitos humanos já positivados, a exemplo dos direitos previstos no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais, e Culturais, de 1966¹⁰, na medida em que o direito ao desenvolvimento, consoante apontamento de Trindade (1999, p. 270), torna-se um reforço para a exigência e implementação daqueles direitos.

O direito ao desenvolvimento também está presente no ordenamento jurídico brasileiro. Em que pese não exista uma definição normativa específica na Constituição Federal de 1988, o seu conceito está correlacionado aos já conhecidos e positivados direitos econômicos, sociais e culturais.

Além disso, existem diversas menções no próprio texto constitucional, conforme os principais exemplos elencados a seguir¹¹: a) no preâmbulo, reconhecido como importante vetor interpretativo¹², há expressa indicação no sentido de que o próprio Estado Democrático de Direito deverá garanti-lo; b) o desenvolvimento nacional constitui um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro (art. 3º, II). De outro modo, ainda que não estivesse expressamente previsto, houve sua internalização como decorrência do mecanismo de incorporação de tratados e compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário (art. 6º, §2º).

Assim, desenvolvimento pode ser entendido – além de um processo complexo, que envolve aspectos sociais, econômicos e culturais – também enquanto um direito humano fundamental com as características da universalidade, inalienabilidade e indivisibilidade, previsto no Direito Internacional dos Direitos Humanos e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

Como visto, as necessidades humanas passam a ser alvo de preocupação dos estudiosos de Economia e do Direito, que caminharam para a compreensão no sentido de que o desenvolvimento está muito além do crescimento econômico. E mais: o modelo de relações econômicas não é regida por leis naturais universais e imutáveis, vulgarmente conhecidas como “leis de mercado” ou *lex mercatoria*. Com efeito, o mercado, enquanto *locus artificialis*, é

10 Destaca-se que referido tratado foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº591, de 6 de julho de 1992.

11 Além destes exemplos, possível mencionar outros: c) uma das competências da União é a elaboração e execução dos planos nacionais e regionais sobre desenvolvimento econômico e social(art. 21, IX, CF); d) há previsão de competência concorrente entre os entes federativos para legislar sobre desenvolvimento (art. 24, IX); e) possibilidade de incentivos fiscais para fins de promoção do equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre regiões (art. 151, I); f) estabelecimento do Sistema Nacional de Cultura, que tem por objetivo o desenvolvimento humano, social e econômico com exercício dos direitos culturais (art. 216 -A); g) determinação de incentivo ao mercado interno com o fito de promover o desenvolvimento cultural e sócio econômico, bem-estar da população e autonomia tecnológica do país.

12 Neste sentido, menciona-se o importante voto da ministra Cármen Lúcia, relatora na ADI 2.649, j. 8-5-2008, P, DJE de 17-10-2008, ao afirmar que “ Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988”

regido e formatado por um regramento jurídico, direcionado segundo opções políticas (IRTI, 2007).

Desta feita, o modelo de desenvolvimento que incidirá sobre a sociedade – inclusive refletido na escolha sobre a criação de serviços públicos ou privados, no estabelecimento de regras para a atividade empresarial por meio do mercado, e no grau de intervenção do Estado na economia - também será fruto de escolhas políticas.

E, portanto, é sob esta premissa que passam a ser colocadas as questões jurídicas sobre o desenvolvimento: não é mais o “mercado”, ente abstrato e sem rosto, quem dita as regras sobre desenvolvimento, mas grupos políticos e econômicos de interesses que realizam essas opções por meio do Direito. Opções que, vale dizer, nem sempre se revertem em prol de todos. Daí justamente a importância da própria consolidação do desenvolvimento enquanto um autêntico direito pertencente a todas as pessoas, como motor de transformações sociais relevantes em prol da melhoria de vida.

4 AS INTERVENÇÕES ESTATAIS NO SÉCULO XX E SUA REPERCUSSÃO NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

A partir da segunda metade do séc. XX, no seio de países periféricos na economia mundial, houve uma proliferação de constituições ditas “transformadoras”¹³ com ênfase na centralidade do Estado na esfera econômica, que objetivam a promoção de mudanças estruturais na realidade social e a superação do subdesenvolvimento (BERCOVICI, 2013). De certa forma, uma busca pela efetivação de uma plêiade de direitos que promovem uma melhor qualidade de vida, preconizada pelo “direito ao desenvolvimento”.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 adotou, a um só tempo, uma ordem econômica de mercado capitalista – com os valores liberais, como a livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada (art. 170, “caput” e incisos II e IV) – e uma ordem social, com vistas à justiça social (art. 193) e à redistributividade por meio de uma vasta gama de direitos e garantias, como os direitos trabalhistas (art. 8º) e de seguridade social (art. 194). Para direcionamento e concretização dessas ordens, apostou-se em uma estrutura administrativa complexa que abarca tanto serviços públicos voltados às atividades prestacionais do Estado, quanto atividades interventivas no âmbito econômico.

No que toca especificamente às intervenções do Estado no âmbito econômico, a Constituição Federal prevê três formas: a) *poder de polícia*, mediante leis e atos normativos expedidos para executá-las, em que o Estado, enquanto agente normativo e regulador, exerce as funções fiscalizatórias e de planejamento econômico, nos moldes do art. 174; b) *atuação empresarial*, em casos excepcionais, mediante pessoas jurídicas por ele criadas; c) *incentivos à iniciativa privada*, por meio de favores fiscais ou financiamentos (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p.810).

Na atualidade, entretanto, o potencial “transformador” dessas constituições vem sendo questionado. Isto porque, paralelamente às críticas realizadas sobre a interferência estatal na economia, há um sentimento de descrédito generalizado que paira sobre sua feição social: primeiro, pela incapacidade estrutural de satisfazer de imediato às crescentes demandas sociais sem se socorrer do aumento significativo do “Estado administrativo de prestações”, o qual se soma à crise no sistema de representação política pelos fenômenos da “sub-representação” e “sobre-representação” (LOMBA, 2015); segundo, pela imensa dificuldade de se garantir a concretização de direitos já consagrados no ordenamento jurídico, muitas vezes condicionados

¹³ Neste sentido, indicam-se as Constituições da Índia (1949), de Portugal (1976), da Espanha (1978), do Brasil (1988), da Colômbia (1991), da África do Sul (1996) e da Venezuela (1999). E, mais recentemente: do Equador (2008) e da Bolívia (2009).

a fatores financeiros e às novas dinâmicas nas relações humanas proporcionadas pelos efeitos da globalização.

Como resultado, há o afastamento de diversos grupos sociais da política e a ascensão de propostas cada vez mais amplas no sentido de mitigação das atividades do Estado, que defendem genericamente a redução dos serviços públicos e também das suas intervenções na economia como a melhor solução para os problemas econômicos brasileiros. Nesta senda, por exemplo, tramita o anteprojeto para a Lei Nacional da Liberdade Econômica¹⁴, adotado recentemente pela Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, que institui a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências” (BRASIL, 2019).

Na ótica dos proponentes do anteprojeto, as intervenções estatais na economia impõem expedientes burocráticos e contraproducentes à atividade empresarial privada, de modo a inibir “o empreendedorismo, a inovação, a livre competição e os avanços de produtividade”. Neste passo, pretendeu-se apresentar uma normativa com “a função de lei de introdução ao direito econômico, usando a competência legislativa em matéria de normas gerais de direito econômico, dada à União pela Constituição de 1988 (CF, art. 24, I e § 1º) e até hoje não exercida” (SBDP; FGV-SP, 2019).

No entanto, é correto afirmar que as intervenções estatais sempre são prejudiciais a atividade empresarial? Neste ponto, necessário realizar uma trilha histórica sobre os alguns dos acontecimentos que moldaram a economia brasileira, em especial a partir do século XX.

Na primeira metade do séc. XX, o Brasil iniciou a transição, ainda que de forma não intencional, de uma economia essencialmente agrária, baseada no sistema de monocultura exportadora, para um sistema industrial de substituição de importações por artigos de produção interna, estimulado, dentre outros fatores, por uma política de manutenção da taxa cambial e de uma maior seletividade às importações com preferência aos bens de capital em relação aos bens de consumo (FURTADO, 1999, p. 186 -222).

No período de 1930 a 1945, sob o direcionamento político de Getúlio Vargas, sem prejuízo às ressalvas políticas ou ideológicas, houve o estabelecimento de um ambiente “nacional-desenvolvimentista” com estímulos à diversificação de atividades voltadas ao mercado interno e à redução da dependência do comércio externo. Para Bastos (2006), rompeu-se com os dogmas liberalistas e a especialização agroexportadora, adotando-se uma política de forte intervenção estatal para estabelecimento de uma indústria de base, viabilizada pela formação de fundos públicos – e, até certo ponto, com financiamento externo obtido pelo “oportunismo nacionalista” de Vargas – para criação de empresas estatais consideradas vitais ao estabelecimento de uma infraestrutura mínima ao desenvolvimento empresarial. Ressalta-se que, referidos investimentos, embora fundamentais ao desenvolvimento econômico, não poderiam depender exclusivamente da vontade empresarial da época, na medida em que custosos e de pouco retorno imediato em relação a outros investimentos mais rentáveis.

No mesmo período, elaborou-se uma profícua produção normativa, que introduziu uma estrutura administrativa burocrática e setorizada¹⁵, adotando-se também um corpo técnico mais profissionalizado, encarregado de realizar o planejamento econômico e a execução das novas diretrizes políticas, ainda que passível de críticas no que diz respeito à sua eficiência e

14 Minuta apresentada pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) em parceria com Grupo de Estudos da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP) elaborada sob a responsabilidade dos professores Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP, coordenador), Eduardo Jordão (FGV-RJ), Egon Bockmann Moreira (UFPR), Floriano Azevedo Marques Neto (USP), Gustavo Binenbojm (UERJ), Jacintho Arruda Câmara (PUC-SP), José Vicente Santos de Mendonça (UERJ) e Marçal Justen Filho (ex-UFPR).

15 Neste diapasão: a) na área dos recursos naturais: a criação do Departamento Nacional da Produção Mineral (1934), Conselho Nacional do Petróleo (1938), Conselho de Águas e Energia Elétrica (1939), Conselho Nacional de Minas e Metalurgia (1940); b) na área industrial: Comissão Executiva do Plano Siderúrgico Nacional (1940), Comissão Executiva Têxtil (1942), Comissão Nacional de Combustíveis e Lubrificantes (1941), Comissão Nacional de Ferrovias (1941), Comissão Vale do Rio Doce (1942), Comissão da Indústria de Material Elétrico (1944), conforme indica Sonia Draibe (2004).

imparcialidade da seleção. No entendimento de Sonia Draibe (2004), esse caráter interventivo do Estado Novo protagonizado pelo Poder Executivo, centrado na soberania do país e na articulação dos diversos interesses políticos por meio da própria máquina estatal – sobretudo com o direcionamento de investimentos para a industrialização, regulamentação de setores essenciais da economia, das relações trabalhistas e da exploração de recursos naturais¹⁶ – foi indispensável para a formação do próprio sistema capitalista no Brasil.

Essas reformas estruturais do Estado, ainda que embrionárias, foram mais adequadamente aprofundadas durante o governo de Juscelino Kubitschek (1956 – 1961), na medida em que “levaria a estrutura estatal-administrativa de Getúlio Vargas ao seu limite máximo, completando o processo de industrialização pesada, mas demonstrando o esgotamento das potencialidades do Estado estruturado após a Revolução de 1930” (BERCOVICI, 2010).

Posteriormente, nas décadas de 1960 a 1970, as atividades de planejamento estatal e a própria estrutura administrativa sofrem uma degradação. Neste período, em face de uma forte desaceleração econômica e das exportações, o Brasil enfrentou a um só tempo uma crise institucional (transição da democracia) e também fiscal pela ruptura do padrão de financiamento do endividamento externo, momento em que houve uma reversão do ciclo industrial interno.

Na compreensão de Rui Affonso (1990), embora tenha atingido uma sobrevida ao crescimento econômico, a atuação contracíclica do Estado em favor do setor privado assumiu uma forma “desnorteada, marcada pelo atendimento *ad hoc* de interesses emergenciais de setores com problemas de mercado, dificuldades de manutenção de margens de lucro e insolvência financeira”. Essa atuação, em última análise, resultou na socialização de perdas da atividade empresarial, na medida em que encampou dívidas privadas de maneira não planejada e sem controle mais rigoroso do plano de reestruturação econômica. Dívida esta que, além de comprometer as finanças públicas e os esforços para concretização de políticas públicas, potencializou-se em razão dos juros, da hiperinflação da moeda nacional e da queda de exportações, cujos reflexos foram sentidos duramente nas décadas seguintes (RICUPERO, 2001).

Durante o regime militar (1964 - 1985), houve uma descentralização da estrutura administrativa do Estado, com redução da ingerência da presidência e maior autonomia para a administração indireta. Além disso, optou-se politicamente por uma suposta eficiência e lucratividade em relação às empresas públicas, o que deu margem ao conflito de finalidades relacionadas à atividade estatal de cunho desenvolvimentista. Como explica Gilberto Bercovici (2010), com o advento do Decreto-Lei nº 200/1967, as empresas estatais passaram a ser legalmente compreendidas como empresas capitalistas privadas, o que permitiu que passassem de uma política institucional de implementação de políticas públicas para uma de diversificação da sua atuação e da busca por investimentos de alta rentabilidade como, por exemplo, especulação na bolsa de valores, recorrendo inclusive ao endividamento externo para este fim.

A política brasileira da década de 1990, por sua vez, foi caracterizada pela forte influência da agenda neoliberal de intervenção econômica inspirada pelo Consenso de Washington. Houve a redução de investimentos públicos e certo abandono às políticas desenvolvimentistas, consideradas muito mais como gastos do que enquanto investimento social. Neste contexto, segundo estudo de Prado (2011), o Estado passou a ser designado como um agente “regulador” do mercado e controlador de qualidade dos próprios serviços públicos. No Brasil, instalou-se um sistema de “agências”, inspirados nos moldes americanos – ainda que não adequadamente

¹⁶ Neste sentido, por exemplo, as leis trabalhistas da década de 1930, posteriormente organizadas na ainda vigente Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943; para regulação da exploração de recursos, a criação do Código de Água e Código de Minas; bem como a legislação sobre Serviços de Radiocomunicações, Código da Propriedade Industrial, a lei das Sociedades por Ações, etc.

adaptados à realidade social brasileira – a pretexto de garantir a eficiência dos serviços e a proteção do mercado contra abusos econômicos, regidas agora por um novo regramento de Direito Concorrencial (Lei.12.529/2011).

Sem prejuízo ao exposto, vale mencionar que essa nova conformação da atuação estatal na economia veio ao encontro do pensamento estabelecido à época pelos economistas do Fundo Monetário Internacional (FMI), instituição encarregada do aporte financeiro internacional aos países em desenvolvimento que, na ótica de Stiglitz (2002), independentemente dos resultados práticos, apresentava exigências gradativamente maiores quanto à adoção de medidas macroeconômicas – de austeridade fiscal, reforma tributária, liberalização da taxa de juros e da política comercial – que, na maioria das vezes, não eram eficazes e até mesmo se demonstraram como prejudiciais, resultando no corte de investimentos sociais e no permanente endividamento dos países tomadores de empréstimo.

E, no caso brasileiro, não foi diferente, com a agravante de que, segundo Luiz Carlos Delorme Prado (2011), a atuação do Estado, enquanto “agência”, não fez parte de um projeto de desenvolvimento mais amplo, enfrentando dificuldade de definição da sua própria natureza e consequentemente dos limites de sua atuação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As contribuições dos estudos econômicos sobre desenvolvimento foram fundamentais para a sua posterior normatização, em especial a partir da positivação por meio de documentos jurídicos produzidos no âmbito internacional e nacional, os quais estão intrinsecamente ligados aos Direitos Humanos na atualidade.

Sob aspecto jurídico, o desenvolvimento pode ser considerado como a defesa jurídica de um processo multifacetado e abrangente, em prol da melhoria de qualidade de vida das pessoas, reconhecido enquanto um direito humano fundamental. Neste contexto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos torna-se o palco por excelência no qual se advoga a existência deste direito, dado o atual cenário de coordenação de esforços e de incentivo à cooperação entre Estados, empresas transnacionais e a sociedade civil no plano nacional e internacional.

Neste ponto, importante a compreensão de que o aumento da produtividade e o crescimento econômico, em si, não implicam necessariamente em uma melhora das condições de vida das pessoas e suas comunidades. Caso haja esse incremento sem o correspondente qualitativo de vida, haverá mera modernização em relação às técnicas produtivas adotadas. Consequentemente, no âmbito jurídico, tal conduta se relevará como um descumprimento da obrigação de melhoria do bem-estar de toda a população mediante a distribuição justa dos benefícios resultantes, em consonância com o atual conceito jurídico de desenvolvimento, preconizado por meio do direito ao desenvolvimento.

Além da identificação conceitual do desenvolvimento sob ponto de vista jurídico, não se pode ignorar que os diversos conceitos econômicos de desenvolvimento também serviram como esteio para fundamentar formas diferenciadas de intervenção do Estado na atividade empresarial, como visto ao longo deste estudo, em relação ao século XX na economia brasileira.

Nada obstante às ressalvas políticas e ideológicas, constatou-se que tais intervenções não tiveram condão de prejudicar a atividade empresarial privada e até mesmo contribuíram consideravelmente com a sua implementação, especialmente durante as décadas de 1930 a 1980, tanto de forma direta (crédito, incentivos fiscais), quanto por meio da criação de uma

infraestrutura para estabelecimento da indústria no país, ainda que utilizando-se de empresas públicas para esta finalidade.

Constatou-se, por fim, que a intervenção estatal chegou inclusive a favorecer o empresariado no período da ditadura militar, por meio da encampação da dívida privada e “socialização” dos prejuízos financeiros daquele setor, de modo que se torna difícil sustentar a tese de que as intervenções estatais seriam necessariamente prejudiciais à atividade empresarial privada – muito embora ainda seja possível a crítica sobre os reais interesses protegidos pela atuação do Estado, eventuais desvios de finalidade de empresas públicas, falta de um planejamento mais adequado para reação às crises econômicas e até mesmo as dificuldades encontradas no estabelecimento de agências estatais (e sua crise interna sobre a extensão do seu poder de atuação).

Além disso, indispensável o aperfeiçoamento institucional no sentido de adequar os modelos de intervenção do Estado à democracia participativa vigente. Isto é, persiste a necessidade de um controle público e democrático dessas intervenções, com a adoção também de critérios mais específicos de atuação para que se evitem desvios ou excessos pelo Estado, que permanecem sem uma solução definitiva. Nesse ponto, e sem a pretensão de uma posição conclusiva sobre o tema, entende-se que há mecanismos institucionais válidos e passíveis de adoção para mitigação deste problema, tais como audiências públicas, sistemas de ouvidoria-externa, conselhos com representação mista, etc.

A (des)regulação do mercado e a redução das atividades fiscalizatórias do Estado, diferentemente dos serviços públicos, poderão ser uma opção política válida para contenção de gastos públicos. Todavia, não se trata do único caminho a ser percorrido, tampouco o mais adequado para enfrentamento de eventual crise econômica. Isto porque desconsidera fatores relevantes que não se resolvem com a mera redução dos gastos do Estado, mas sim com a adoção de políticas públicas mais específicas, de planejamento e direcionamento das atividades empresariais para que respeitem Direitos Humanos, inclusive em consonância com a própria ordem social preconizada pela Constituição Federal de 1988, que permanece como egi de dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Destaca-se que tais direitos podem e devem ser articulados por meio do mercado, desde que se aplique a ótica do desenvolvimento econômico sustentável e humano na sua formatação, eliminando-se privações que limitem as potencialidades humanas de maneira mais elementar.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Rui de Britto Álvares, “A Ruptura do Padrão de Financiamento do Setor Público e a Crise do Planejamento no Brasil nos Anos 80”, *Planejamento e Políticas Públicas*, nº 4, Brasília, IPEA, p. 37-66, dez./1990.

AZEVEDO, Marcelo Tobias da Silva; CLARK, Giovani. Direito ao desenvolvimento: reflexões a partir do direito econômico sobre o desenvolvimento sustentável. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v.10, n. 2, p. 72-87, jul./dez. 2019.

BASTOS, Pedro Paulo Zaluth. A Construção do Nacional-Desenvolvimentismo de Getúlio Vargas e a Dinâmica de Interação entre Estado e Mercado nos Setores de Base. *Revista Economia Selecta*, Brasília, v.7, n.4, p.239-275, dez./2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. A Atuação do Estado Brasileiro no Domínio Econômico. in PINTO, Eduardo Costa; CARDOSO Jr.; José Celso; LINHARES, Paulo de Tarso (orgs.). *Estado, Instituições e Democracia: Desenvolvimento*, Brasília: IPEA, 2010, vol. 3, p. 473-503.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DRAIBE, Sônia. 1930 – 1945: Rumo à Industrialização e a Nova Forma do Estado Brasileiro in *Rumos e Metamorfoses: Estado e Industrialização no Brasil, 1930 - 1960*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004, p. 75 -124.

FERREIRA, Pinto. *Sociologia do desenvolvimento*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FURTADO, Celso. *Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico*. 5ª ed. Companhia Editora Nacional: São Paulo. 1975.

_____. *Pequena introdução ao desenvolvimento econômico: enfoque interdisciplinar*. São Paulo: Ed. Nacional, 1980.

_____. *Formação econômica do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1997, p. 186 -222.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 15ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. Tradução de Alfredo Copetti Neto e André Karam Trindade. São Paulo: Malheiros, Ano XLVI, jan./mar.2007.

ONU. Declaração sobre o direito ao desenvolvimento, adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

_____. Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Assembleia Geral das Nações Unidas, de setembro de 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em: 07/10/2019.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. Política de concorrência e desenvolvimento: reflexões sobre a defesa da concorrência em uma política de desenvolvimento. *Cadernos do desenvolvimento*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 9, p. 321-342, jul.-dez./2011.

RICUPERO, Rubens. *O Brasil e o dilema da globalização*. 2ª ed. São Paulo: SENAC, 2001.

SACHS, Ignacy. *Estratégias de transição para o século XXI*. In: BURSZTYN, M. Para Pensar o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: Brasiliense, 1993;

..... *Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002;

..... *Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. *Economia*. Tradução de Elsa Nobre Fontaínha. 16ª edição. Lisboa: Editora McGraw-Hill, 1999.

SBDP - Sociedade Brasileira de Direito Público; FGV/SP - Grupo Público da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. *Para uma reforma em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação*. Disponível em: < <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/04/Lei-Nacional-da-Liberdade-Econ%C3%B4mica-FGV-Direito-SP-sbdp-vers%C3%A3o-final-04.04.19.docx.pdf>>. Acesso em: 03 mai.2019.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Theory of economic development*. Reprint. Originally published: Cambridge: Harvard University, 1934. 15th printing, 2010.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

STIGLITZ, Joseph Eugene. *A globalização e seus malefícios*. Tradução de Bazán Tecnologia e Linguística. 2ª ed. São Paulo: Futura, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

UN. *Our common future, chapter 1: a threatened future*. A/42/427, 1987. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>>. Acesso em: 10/02/2020.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A ATUAÇÃO RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO FEDERAL NA ÁREA DA SAÚDE PÚBLICA

LUIS HENRIQUE DA SILVA DE PAIVA
DJALMA LEANDRO JÚNIOR

VOLUME 11 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2020

A ATUAÇÃO RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA ÁREA DA SAÚDE PÚBLICA

THE RESOLUTIVE ACTION OF THE FEDERAL PUBLIC MINISTRY IN THE PUBLIC HEALTH AREA

Recebido: 27/01/2020
Aprovado: 03/06/2020

Luis Henrique da Silva de Paiva¹
Djalma Leandro Júnior²

RESUMO:

Este artigo argumenta que a atuação extrajudicial do Ministério Público Federal na área da tutela coletiva do direito à saúde tem servido para a implementação e o aperfeiçoamento de políticas de saúde pública, tendo a Instituição atuado de forma resolutiva e contribuído para minimização da judicialização dessas questões. O objetivo é explorar as medidas institucionais adotadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público e pelo Ministério Público Federal quanto ao fomento da atuação resolutiva dos seus Órgãos, bem como a utilização dos meios extrajudiciais legalmente atribuídos à Instituição: inquéritos civis e procedimentos preparatórios, compromissos de ajustamento de conduta e recomendações, como instrumentos de adequação da gestão do sistema público de saúde às diretrizes e aos direitos assegurados na Constituição Federal. São utilizados elementos conceituais, a teoria sobre o Ministério Público demandista e resolutivo e sobre os instrumentos extrajudiciais do MP, a análise de dados primários e secundários, bem como questionários direcionados aos gestores documentais do Ministério Público Federal, com o intuito de analisar em que medida a atuação extrajudicial do Ministério Público Federal tem servido para se alcançar soluções negociadas às demandas na área da saúde pública. Os resultados indicam que o Ministério Público Brasileiro tem avançado na sua atuação extrajudicial, mediante a adoção de estratégias institucionais na busca de resolutividade das demandas coletivas. No caso do Ministério Público Federal, os resultados indicam que a Instituição tem alcançado bons índices de efetividade em relação aos termos de ajustamento de conduta celebrados, evitando a judicialização de questões atinentes à saúde pública.

Palavras-chave: Ministério Público Federal. Atuação extrajudicial. Saúde Pública. Termos de Ajustamento de Conduta. Judicialização.

K41.

¹ Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992), com mestrados em Sociologia pela Universidade Estadual de Campinas (1995) e em Política Social pela Universidade de Southampton (2009), Reino Unido. Concluiu o doutorado em Sociologia e Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002). Atualmente é membro da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e professor permanente do Mestrado em Administração Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. E-mail: lhspaiva@gmail.com

² Possui graduação em Direito (1996), especialização em Gestão na Administração Pública (2008) e mestrado em Administração Pública (2018). É integrante da carreira de Analista Jurídico do Ministério Público da União. Atualmente lotado no Ministério Público Federal em Goiás, exerce as atribuições de Assessor de Planejamento e Gestão Estratégica (2018), com passagens profissionais na Procuradoria-Geral da República na qual atuou como Secretário de Administração Adjunto (2015-2016) e Assessor-Chefe da Assessoria Técnica da Secretaria-Geral do MPU-MPF (2016-2018); na Procuradoria da República em Goiás, onde atuou como Secretário Estadual (2013-2015), Coordenador de Administração (2006-2013) e Assessor Especial (1998-2006). Atuou, também como Assessor na Casa Civil do Governo do Estado do Tocantins (1997-1998). E-mail: djalma@mpf.mp.br

ABSTRACT:

This study argues that the extrajudicial performance of the Federal Public Ministry (MPF) in the area of collective tutelage of health rights has served to implement and improve policies in the area of public health, and the Institution has acted resolutely, so that it has contributed to minimize the judicialization of these issues. We explore the institutional measures adopted by the National Council of the Public Prosecution Service and the Federal Public Prosecutor's Office to promote the resolution of their Offices and the use of extrajudicial means legally attributed to the Institution, namely: investigations and preparatory procedures, commitments of adjustment of conduct and recommendations, as instruments of adaptation of the management of the public health system to the guidelines and the rights guaranteed in the Federal Constitution. We use conceptual elements, the theory on the prosecution and resolution Public Prosecutor's Office and on the extrajudicial instruments of the MPF, the analysis of primary and secondary data and questionnaires directed to documentary managers of the MPF, to analyze to what extent the extrajudicial performance of the MPF has served to reach negotiated solutions to the demands in the area of public health. The results suggest that the Brazilian Public Prosecutor's Office has advanced in the perspective of its extrajudicial action, by adopting institutional strategies in search of resolution of collective demands. The results indicate that the Institution has achieved good levels of effectiveness in relation to the terms of conduct adjustment, to avoid the judicialization of issues related to public health.

Keywords: Federal Public Ministry. Extrajudicial performance. Public health. Terms of Conduct Adjustment. Judicialization.

K41.

159

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo principal estudar que medida a atuação extrajudicial do Ministério Público Federal está sendo efetiva para reduzir a judicialização de demandas na área da saúde. No Brasil, a judicialização da saúde é decorrência do contexto jurídico trazido pela nova ordem constitucional (CASAGRANDE, 2008).

A sedimentação do vínculo entre direito e saúde decorreu de amplas discussões entre grupos de pressão, sociedade civil e Estado (CNJ, 2015). Isso possibilitou aos cidadãos maiores níveis de acesso à cidadania e maior consciência sobre os seus direitos, com um acesso mais facilitado ao Judiciário que, por sua vez, passou a ser reconhecido como um importante mecanismo para a efetivação de políticas públicas (NETO, 2015).

Conforme pesquisa realizada pelo CNJ (2015, p. 9), “a progressiva constitucionalização que os direitos sociais passaram na década de 1980, associada aos desafios de implementação efetiva por parte do Estado, fez com que tais direitos fossem cada vez mais submetidos ao crivo das instituições jurídicas para a sua efetivação”.

Embora por um lado seja reconhecido que a judicialização tem contribuído com o aperfeiçoamento e a instituição de novas políticas públicas de saúde, por outro, existem diversas críticas a esse fenômeno. De forma geral, pode-se dizer que os aspectos negativos decorrem da ausência de amplo conhecimento sobre todo o problema que existe em torno de questões mais abrangentes em matéria de saúde, de modo que não é o Judiciário quem melhor pode fazer as opções sobre quem deve ou não receber determinado tratamento.

De fato, saúde e direito são campos bastante politizados no Brasil (CNJ, 2015), onde buscar o atendimento no SUS, por meio de ações judiciais, tem se tornado cada dia mais comum. No período de 2009 a 2015, por exemplo, o gasto do Ministério da Saúde apenas com medicamentos deferidos judicialmente foi da ordem de R\$ 3,4 bilhões em valores de 2015. Entre 2010 e 2016, o gasto com as ações judiciais tendo o fornecimento de medicamentos como objeto passou de R\$ 199,6 milhões para R\$ 1,3 bilhão, um crescimento de 547% (IPEA, 2018).

Neste trabalho, pretende-se explorar o papel do Ministério Público Federal como indutor da implementação de medidas visando ao cumprimento e ao aperfeiçoamento das políticas sociais atinentes ao sistema público de saúde, mais especificamente, ao subsistema de acesso universalizado, financiado por recursos públicos e gratuito, o denominado Sistema Único de Saúde.

Propõe-se como problema da pesquisa a seguinte indagação: os meios extrajudiciais utilizados pelo Ministério Público Federal -celebração de termo de ajustamento de conduta e expedição de recomendação -têm sido suficientes, por si só, para a efetivação das políticas públicas de saúde e induzem o gestor público da área a implementar as ações necessárias sob sua responsabilidade? Ou, se a despeito da prática desses atos, tem sido necessária a judicialização das questões que aportam à Instituição?

Este artigo está dividido em quatro seções. A primeira dedica-se, a partir da revisão da literatura, a discutir as modalidades de atuação do Ministério Público (demandista e resolutive) e a demonstrar de que forma nesta segunda espécie a instituição operacionaliza a sua atuação na esfera extrajudicial.

A segunda seção do artigo trata das estratégias e das iniciativas recentemente adotadas no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, visando fomentar o papel resolutive do Ministério Público Brasileiro. É dada ênfase à Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutive do Ministério Público Brasileiro, assim como à Carta de Brasília.

A terceira seção descreve a metodologia adotada e os dados coletados para as análises da atuação do Ministério Público no âmbito da saúde. A quarta seção traz a análise e a discussão dos resultados de um levantamento dos termos de ajustamento de conduta (TAC) celebrados e das recomendações expedidas no período compreendido na pesquisa (janeiro de 2013 a dezembro de 2015). O artigo se encerra com conclusões do trabalho que traz a síntese crítica dos achados empíricos e teóricos, além das limitações do estudo realizado e as perspectivas quanto a futuras agendas de pesquisa.

1 OS MODELOS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Quanto à atuação dos órgãos de execução do Ministério Público, a doutrina a divide em dois segmentos : a atuação demandista e a atuação resolutive. A primeira, fundada em demandas judiciais; a segunda pautada pela utilização de mecanismos extraprocessuais para a resolução de conflitos. No que se refere a esses perfis de atuação, observa-se que o modelo demandista que transfere ao Poder Judiciário a resolução das demandas sociais é ainda o prevalecente (GOULART, 1998).

Ao analisar do novo perfil constitucional do Ministério Público implantado pela Constituição da República de 1988, Almeida (2013, p. 47) ressalta, dentre outros aspectos, que:

[...] o Estado Democrático de Direito, diferentemente das outras formas de Estado, tem um compromisso nuclear: transformar a realidade social na busca da igualdade material quanto ao acesso efetivo a bens e outros valores [...]. Defende a priorização da atuação preventiva, a ampliação e a estruturação do modelo do Ministério Público resolutive

e ainda sustenta que [...] a atuação extrajudicial da Instituição é fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais [...]. Aduz, também, que, no exercício desse papel, o Ministério Público torna-se [...] um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma ordem jurídica realmente mais legítima e justa [...].

Na mesma linha de entendimento, Lima (2013, p. 473) ressalta os perfis demandista e resolutivo do Ministério Público, sendo o primeiro aquele que não resolve os conflitos pelo consenso, pela composição, e o último o que alcança a harmonização entre os diversos interesses em jogo. Destaca a posição doutrinária que distingue o papel do Ministério Público.

Lima (2013) atribui a esse caráter de resolutividade duas modalidades: a preventiva quando se evitam lesões e a repressiva quando a lesão ao direito já se consumou. Na primeira, tem-se o inquérito civil público, a recomendação, o termo de ajustamento de conduta e o procedimento administrativo como principais instrumentos; na segunda, há a composição sobre o conflito, por meio do termo de ajustamento de conduta.

Goulart (2013) entende que, no modelo demandista, a atuação cível do Ministério Público restringe-se ao processo judicial, como mero operador processual, ora funcionando como órgão agente (autor de ações civis Públicas), ora como órgão interveniente (*custos legis*). Observa, ainda, que essa linha de atuação restrita compromete, sobretudo, a efetividade do trabalho do Ministério Público na tutela dos interesses coletivos e difusos, reduzindo o inquérito civil a simples instrumento de coleta das provas necessárias ao ajuizamento de ação civil pública, transferindo ao Poder Judiciário a solução de todas as questões de natureza transindividual apresentadas ao Ministério Público.

O Ministério Público demandista afigura-se não efetivo na área cível, pois, ao ser dependente do Poder Judiciário, pode induzir a resultados desastrosos no campo da defesa do regime democrático e da tutela dos interesses transindividuais. No papel resolutivo o Ministério Público assume o papel de agente político que lhe foi confiado pela sociedade, superando a perspectiva meramente processual de suas intervenções, tornando-se o Judiciário uma alternativa excepcional de sua atuação (GOULART, 2013).

Júnior, J. (2013, p. 102), reafirmando a relevância do Ministério Público como órgão de defesa social e de controle dos atos da Administração Pública, ressalta que, com o advento da Constituição de 1988, a Instituição assumiu um novo perfil, sobretudo diante do seu aparelhamento:

“[...] com os predicamentos apropriados, num relevo jamais visto em nenhum outro texto constitucional, mesmo em outros países. [...]” o que reforça o seu perfil de órgão pró-ativo, “[...] de postura resolutiva, atuando, por si só, com autonomia e independência absoluta na solução e prevenção dos conflitos sociais”.

Oliveira (2013, p. 246) defende que, em razão da nova postura resolutiva do Ministério Público brasileiro, diversos mecanismos passaram ter uma utilização expressiva pelos membros da instituição, indo além do âmbito do inquérito civil, procedimentos preparatórios ou outros procedimentos adotados no âmbito interno da Instituição.

No intuito de se obter soluções negociadas independentemente da participação do Poder Judiciário, Oliveira (2013) pontua a importância da realização de audiências públicas, com enfoque nitidamente democrático e que se revela meio de significativa eficácia de onde se extraem abordagens participativas para o enfrentamento de problemas vivenciados por determinada comunidade.

Oliveira (2013) ressalta que a utilização desses instrumentos extrajudiciais têm apresentado “grande eficácia” sustentando como razões desse entendimento que há interesse

das pessoas físicas e jurídicas destinatárias das recomendações e dos termos de ajustamento de conduta em adequar os seus procedimentos ou atos inadequados aos preceitos das normas, evitando os seus procedimentos ou atos inadequados aos preceitos das normas, bem como todos os desgastes que naturalmente um processo judicial pode causar tanto no aspecto financeiro quanto, conforme o caso, na própria imagem perante a opinião pública.

Válido destacar que não há uma forma de atuação do Ministério Público que se possa afirmar a mais adequada, quer seja processual ou extrajudicial, dentro ou fora do juízo. É no caso concreto que se deve avaliar a opção do instrumento ou da via mais apta para o cumprimento da missão institucional. Entretanto, há de se reconhecer o seu viés resolutivo na medida em que anuncia que o Ministério Público, na posição de defensor do ordenamento jurídico, do regime democrático e da sociedade, conforme preconizado pelo art. 127, *caput*, da CF, por intermédio dos seus órgãos de execução, passou a ter um novo papel de mediação, inclusão e mobilização social, exercendo assim papel fundamental para “[...] a implementação das políticas públicas e dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República”.

1.1 Estratégias e iniciativas visando fomentar o papel resolutivo do Ministério Público brasileiro

Na linha do que a doutrina convencionou denominar atuação resolutiva, percebeu-se que tanto o órgão de fiscalização, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)³, quanto os órgãos de coordenação e revisão do Ministério Público Federal, têm dedicado parte de suas agendas ao desenvolvimento e à implementação de iniciativas que visam ao fomento dessa modalidade de atuação institucional.

Em abril de 2017, foi publicada a Recomendação nº 54/2017, que dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público Brasileiro (CNMP, 2017b). O instrumento trouxe em seu conteúdo nove considerandos que lhe dão o suporte fático e jurídico que justificam e motivam a edição do ato.

Trata-se de importante marco na evolução do papel constitucional do Ministério Público Brasileiro, na medida em que explicita de forma patente a priorização de soluções negociadas extrajudicialmente, reconhecendo a via judicial apenas como uma das alternativas de atuação institucional, de caráter residual.

Como fonte motivadora da norma, é citada a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, prevista na Resolução nº 118/2014, que trata da adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos. Por fim, confere ênfase à necessidade da atuação crescentemente resolutiva, orientada para a “[...] resolução concreta

³ O Conselho Nacional do Ministério Público atua em prol do cidadão executando a fiscalização administrativa, financeira e disciplinar do Ministério Público no Brasil e de seus membros, respeitando a autonomia da instituição. O órgão foi criado em 30 de dezembro de 2004, pela Emenda Constitucional nº 45, e tem sede em Brasília-DF. As suas atribuições encontram-se previstas no art. 130-A, § 2º, da Constituição da República, nos seguintes termos: “§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; V elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

das situações de inefetividade dos direitos cuja defesa e proteção é incumbida à Instituição [...]” (CNMP, 2017b).

Outra importante iniciativa institucional de manifesto estímulo à atuação resolutiva do Ministério Público Brasileiro é a edição da Carta de Brasília. Fruto de amplos debates e discussões, materializa acordo celebrado entre a Corregedoria Nacional e as Corregedorias do Ministério Público dos estados e as do Ministério Público da União, no sentido de explicitar

[...] premissas para a concretização do compromisso institucional de gestão e atuação voltadas à atuação resolutiva, em busca de resultados de transformação social, prevendo diretrizes estruturantes do MP, de atuação funcional de membros e relativas às atividades de avaliação, orientação e fiscalização dos órgãos correccionais (CNMP, 2017a).

De conteúdo paradigmático e abrangência nacional sobre todo o Ministério Público Brasileiro, o acordo traz importantes balizas sobre as atividades a serem desempenhadas pelos órgãos correccionais, em que torna nítida a preocupação em privilegiar a atuação extrajudicial eficiente, efetiva e célere em relação à judicialização das questões que aportam à instituição.

No eixo de considerações sobre os modelos constitucionais do Ministério Público o documento classifica dois tipos: o que atua perante o Poder Judiciário com o objetivo de obter tutela por adjudicação e o que atua extrajudicialmente como intermediador da pacificação social visando a resolução dos conflitos, controvérsias e problemas de modo consensual.

O instrumento também confere importante destaque à resolutividade da atuação do Ministério Público, estabelecendo que esta pressupõe o alinhamento entre a atividade funcional qualitativa e regular de seus membros com a adoção de práticas institucionais estruturantes efetivamente ajustadas aos objetivos estratégicos pretendidos.

Também se verifica o reforço da adoção de postura resolutiva amparada no compromisso com ganhos de efetividade na atuação institucional sendo que, para tanto, é exigido o esgotamento das alternativas de resolução extrajudicial dos conflitos, controvérsias e problemas, com o incremento da utilização dos instrumentos como a recomendação, termo de ajustamento de conduta, projetos sociais e adoção do arquivamento resolutivo sempre que essa medida for a mais adequada.

Ressalta-se que na Carta também foi objeto de atenção o alcance da atuação institucional, sendo recomendada a priorização nas matérias de tutela coletiva. Sem embargo disso, cuidou de restringir a propositura de ações individuais apenas aos casos em que a medida seja imprescindível; na mesma linha, sem desmerecer a importância das demandas de caráter individual, propõe sejam objeto dos encaminhamentos pertinentes.

No que tange ao controle qualitativo, a par da regularidade e da resolutividade da atuação do Ministério Público, é dada prioridade aos procedimentos extrajudiciais em tramitação, com foco, entre outros aspectos, na natureza, complexidade e alcance social da matéria. Ainda sob este aspecto, a diretriz é no sentido de que será aferida a utilização eficiente de mecanismos de resolução consensual de conflitos, controvérsias e problemas; e a utilização eficiente e objetiva dos recursos extrajudiciais e judiciais visando à prevenção e à tempestiva correção de ilícitos.

Especificamente quanto aos instrumentos de atuação extrajudicial aqui analisados, termos de ajustamento de conduta, e recomendações, são estabelecidos alguns fatores que serão considerados nas atividades correccionais, como os destacados a seguir:

Fatores a Serem Considerados nas Atividades Correicionais	
Instrumentos de atuação	Fatores
Termos de Ajustamento de Conduta	Apresentação dos devidos fundamentos constitucionais ou legais.
	Delimitação do fato que resultou na existência ou na iminência do dano
	Caracterização do dano.
	Descrição das obrigações de fazer e/ou não fazer, de forma a contemplar as circunstâncias de modo, tempo, lugar e outras.
	Estabelecimento de prazo para o cumprimento das obrigações.
	Cominação, nos casos de não cumprimento das obrigações pactuadas, de eventual sanção (multa) a ser aplicada.
	Demonstração de resolutividade e eficácia do ponto de vista jurídico e social.
	Participação social, por intermédio de pessoas ou entes representativos.
	Ampla publicidade dos termos de ajustamento de conduta do ponto de vista de sua elaboração e dos seus resultados para a sociedade.
	Efetividade na fiscalização e adoção de providências, no sentido de execução de termos de ajustamento eventualmente descumpridos.
Recomendações	Apresentação dos devidos fundamentos constitucionais ou legais.
	Demonstração da utilidade social, principalmente por expressar a adequada defesa dos direitos e/ou garantias constitucionais fundamentais, individuais ou coletivas.
	Efetividade na fiscalização sobre o acatamento das recomendações expedidas e adoção das providências eventualmente cabíveis na hipótese de descumprimento e manutenção do ilícito.

Quadro 1: Fatores a serem considerados nas atividades correicionais. Elaborado pelo autor. Fonte: CNMP, 2016b.

1.2 A estrutura orgânica do Ministério Público Federal na temática saúde

No âmbito do Ministério Público Federal, figuram como órgãos de coordenação, revisão e integração da atuação funcional dos membros da Instituição a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) e as Câmaras de Coordenação e Revisão (CCRs), cujos fundamentos encontram previsão nos arts. 39 e 40 e 43, IV, da Lei Complementar nº 75/939, respectivamente (BRASIL, 1993).

As CCRs do Ministério Público Federal são os órgãos setoriais que coordenam, integram e revisam o exercício funcional dos membros da Instituição e são organizadas por função ou por matéria.

A Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC nº 75/1993, art. 62) define as competências das CCRs, dentre as quais destacam-se: a) promover a integração e a coordenação

dos órgãos institucionais que atuem em ofícios ligados ao setor de sua competência, observado o princípio da independência funcional; b) encaminhar informações técnico-jurídicas aos órgãos institucionais que atuem em seu setor; c) resolver sobre a distribuição especial de feitos que, por sua contínua reiteração, devam receber tratamento uniforme; d) resolver sobre a distribuição especial de inquéritos, feitos e procedimentos, quando a matéria, por sua natureza ou relevância, assim o exigir; e) decidir os conflitos de atribuições entre os órgãos do Ministério Público Federal (BRASIL, 1993).

2 INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Um dos instrumentos de atuação extrajudicial e que também consiste no cerne do objeto do presente trabalho é o expediente denominado recomendação legal. Por meio do normativo em análise (Resolução nº 87/2010), a recomendação consiste em um dos mecanismos pelo qual o órgão do Ministério Público, no exercício das atribuições do art. 129, II e III, da Constituição Federal, de ofício ou mediante provocação, poderá expedir aos responsáveis indicados nos autos de inquérito civil ou procedimento administrativo encaminhamentos para que sejam observados os direitos e interesses que lhe incumba defender. Tais atos, por determinação da Resolução, devem ser publicados no portal eletrônico do MPF.

A recomendação conterà o prazo para o seu cumprimento, bem como indicará as medidas que deverão ser adotadas no caso do seu não cumprimento. No caso de a recomendação não ser atendida, conforme o caso, é facultado ao Ministério Público instaurar inquérito civil, celebrar o compromisso de ajustamento de conduta ou promover a ação civil competente.

Destaque-se que podem ocorrer situações em que a expedição de recomendação não seja suficiente para corrigir a irregularidade detectada. Neste caso, ainda é possível ao membro oficiante propor a celebração de termo de ajustamento de conduta ou ingressar em juízo com a propositura de ação civil pública.

Quanto ao compromisso de ajustamento de conduta, Magalhães (2013) pontua que é instrumento disponível aos órgãos públicos que possuam a legitimidade à propositura da ação civil pública e por meio do qual no campo extrajudicial “[...] pode-se obter do investigado a obrigação de se ajustar à lei, mediante prevenção, cessação da conduta lesiva e reparação do dano”.

Destaca-se, também, que se trata de eficiente instrumento à disposição do Ministério Público e demais colegitimados, viabilizando, de forma extrajudicial e preventiva, seja o investigado compelido a providenciar o necessário para a reparação do dano, cessação da conduta e prevenção, evitando-se, assim, alguns inconvenientes do acionamento do Judiciário, sobretudo a demora do processo judicial de conhecimento necessário para formalização do título executivo (MAGALHÃES, 2013).

Desde que cumpridas as suas formalidades, o compromisso de ajustamento de conduta transforma-se em título executivo extrajudicial, podendo ser exigido judicialmente no caso de descumprimento de suas cláusulas pelo causador do dano. Embora não obrigatório, ou seja, não imposto ao Ministério Público como condição para o ajuizamento de ação civil pública, muitos autores defendem que a utilização prévia desse instituto é uma boa prática, que privilegia o princípio da eficiência administrativa prevista no art. 37 da Constituição da República, assim como o acesso à Justiça mediante solução negocial de conflitos.

3 METODOLOGIA

Foram utilizadas fontes primárias constantes em documentos oficiais, como relatórios, anuários, leis, regulamentos e informações oriundos do CNMP, da administração superior do MPF, bem como dos órgãos de coordenação e revisão (1ª CCR e PFDC), com o objetivo de reunir elementos para demonstrar como o Ministério Público Brasileiro, mais especificamente o Ministério Público Federal, tem se posicionado sobre a sua atuação resolutiva, bem como sobre as medidas tendentes a promover o fortalecimento e a efetividade no campo extrajudicial.

Efetou-se, também, pesquisa na base de dados do Sistema Integrado de Informações Institucionais do Ministério Público Federal – Sistema Único⁴, utilizando-se como apoio à pesquisa a ferramenta de busca denominada Sistema APTUS⁵, no sentido de extrair dados de identificação de todos os TACs e recomendações decorrentes de procedimentos preparatórios e de inquéritos civis públicos expedidos e registrados no período da pesquisa (janeiro de 2013 a dezembro de 2015), disponíveis na referida base de dados informatizada. Na consulta foram extraídos os seguintes dados de identificação dos instrumentos: órgão revisor vinculado, procedimento originário, resumo do assunto, data do cadastro, membro responsável, registro do TAC ou da Recomendação e a data do respectivo expediente.

Na extração dos dados do Sistema, utilizou-se como critérios o recorte temático referente às demandas sobre a saúde pública no âmbito de atuação da 1ª Câmara de Coordenação e Revisão e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão; como recorte temporal, fixou-se o período de janeiro de 2013 a dezembro de 2015. Os parâmetros da pesquisa foram, quanto ao gênero, “Documento”; a fixação dos períodos “01/01/2013 a 31/12/2013”, “01/01/2014 a 31/12/2014” e “01/01/2015 a 31/12/2015”; a classificação do documento, “Recomendação”; e termo de pesquisa, “saúde”. O processo foi repetido para os Termos de Ajustamento de Conduta, alterando-se a expressão apenas no campo “classificação do documento”.

Necessário esclarecer que, para o alinhamento à terminologia institucional utilizada para a identificação dos trabalhos realizados pelo MPF, foram adotados os parâmetros definidos na tabela de assuntos do CNMP.⁶

Em razão do grande número de Recomendações expedidas, por questões relacionadas a limitações informacionais do Sistema Único, que ainda não dispõe de recursos suficientes para se verificar o cumprimento desses expedientes, utilizou-se do critério de análise quantitativa para demonstrar o volume de recomendações expedidas pelo MPF em seu conjunto e em cada Unidade da Federação, bem como o montante correspondente à esfera de atribuição de cada um dos órgãos de coordenação e revisão (PFDC e 1ª CCR). Os dados também serviram para demonstrar a evolução, ano a ano, dessa ferramenta, de modo a poder aferir a intensidade e o desenvolvimento da atuação resolutiva institucional em âmbito nacional.

Por outro lado, relativamente aos resultados dos TACs, dado o montante apurado, optou-se por realizar a avaliação qualitativa dos instrumentos, de modo a aferir a efetividade da Instituição quanto ao manejo desse instrumento de atuação extrajudicial. Diante do fato das limitações já declinadas em relação ao Sistema Único, impossibilitando o fornecimento

4 Sistema que controla a gestão do fluxo processual na Instituição (Sistema Único). Criado para agilizar e unificar o trâmite de documentos judiciais e administrativos, ele permite a integração nacional do MPF de forma transparente, além de dar celeridade e segurança à tramitação de processos.

5 Aplicativo de pesquisa textual unificada e simplificada, que tem por objetivo realizar pesquisas de processos, procedimentos, peças e manifestações diversas na base de dados do Sistema Único, exceto os casos sigilosos. Possibilita a utilização de filtros, mediante a fixação de parâmetros para busca, bem como salvar os resultados.

6 As Tabelas Unificadas foram criadas pela Resolução nº 63/2010 do Conselho Nacional do Ministério Público –CNMP, visando à padronização e uniformização das terminologias utilizadas pelas unidades do Ministério Público, permitindo conhecer o trabalho realizado pelos seus diversos ramos. Fonte: <http://www.cnmp.mp.br/tabelasunificadas/apresentaao>.

6 As Tabelas Unificadas foram criadas pela Resolução nº 63/2010 do Conselho Nacional do Ministério Público –CNMP, visando à padronização e uniformização das terminologias utilizadas pelas unidades do Ministério Público, permitindo conhecer o trabalho realizado pelos seus diversos ramos. Fonte: <http://www.cnmp.mp.br/tabelasunificadas/apresentaao>.

direto do resultado das avenças materializadas nos TACs, foi necessário adotar a técnica da observação direta extensiva, mediante a utilização de questionário direcionado aos responsáveis pela área de apoio jurídico e documentação das Unidades do MPF nos Estados e nos Municípios.⁷ O questionário foi estruturado em três perguntas a saber: (I) o TAC encontra-se vigente?; (II) as obrigações constantes do TAC foram cumpridas total ou parcialmente?; (III) a questão envolvida no TAC foi objeto de judicialização? Se positivo, indicar o número do processo judicial correspondente.

Os resultados obtidos da consulta ao Sistema no que concerne aos TACs foram segregados por Unidade da Federação e os objetos correspondentes descritos de forma sintética. A partir da resposta aos questionários, as informações foram sendo organizadas de forma individualizada e vinculada a cada instrumento, de modo que se tornou possível estabelecer a relação dos termos cumpridos e dos termos violados, bem como identificar a quantidade de judicialização das questões até então acordadas.

4 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Realizada a pesquisa na base de dados do Sistema Único, buscou-se o levantamento da quantidade de procedimentos instaurados pelo Ministério Público Federal na temática Saúde Pública. Procurou-se separar os procedimentos que geraram termos de ajustamento de conduta, recomendações e os que não constam nenhum dos dois instrumentos. Quanto aos procedimentos que geraram termos de ajustamento de conduta, apurou-se que foram celebrados 75 instrumentos, dos quais 54 contém matérias vinculadas à PFDC e 21, à 1ª CCR⁸.

No que se refere aos procedimentos que levaram a recomendações, a pesquisa retornou o total de 2.331, dos quais 1.328 contém matérias vinculadas à PFDC e 1.003, à 1ª CCR. Relativamente à quantidade de procedimentos que não originaram termos de ajustamento de conduta ou recomendações, extrai-se que foram instaurados 8.774, dos quais 7.012 contém matérias vinculadas à PFDC e 1.762 à 1ª CCR.

A Tabela 1 a seguir demonstra o quantitativo de Termos de Ajustamento de Conduta, de Recomendações e de feitos extrajudiciais cujas matérias referem-se à saúde pública que estão vinculados às esferas de atribuições da PFDC e da 1ª CCR.

Tabela 1: Procedimentos por Órgão de Coordenação e Revisão

Órgão	Procedimentos com TAC	Procedimentos com Recomendações	Procedimentos sem TAC e sem Recomendações
PFDC	54 (72%)	1328 (57%)	7012 (80%)
1ª CCR	21 (28%)	1003 (43%)	1762 (20%)
Total	75 (100%)	2331 (100%)	8774 (100%)

Elaborada pelo autor. Fonte: Sistema Único de Informações.

⁷ Conforme dispõe o art. 268 do RIA do MPF, incumbe aos Coordenadores e Subcoordenadores Jurídicos e de Documentação, “coordenar, organizar e monitorar as atividades pertinentes ao registro, à distribuição e à movimentação de procedimentos extrajudiciais”, bem como “coordenar e supervisionar a execução das atividades pertinentes à prestação de informações ao público” (BRASIL, 2016a).

⁸ Por questões de espaço, este artigo se limitou a apresentar parte dos resultados das análises.

4.1 A pesquisa dos Termos de Ajustamento de Conduta

Numa perspectiva mais detalhada sobre os Termos de Ajustamento de Conduta, tem-se que, do total de 75 instrumentos, nove foram celebrados em 2013; 54 em 2014; e 12 em 2015. Deste total, 56 decorreram de Inquéritos Cíveis; 02 de procedimentos administrativos; e 17 de procedimentos preparatórios.

Cabe esclarecer que o acentuado número de Termos celebrados em 2014, em comparação aos dos demais anos, deve-se em razão da forte atuação do Ministério Público Federal em Alagoas quanto à verificação do descumprimento da jornada de trabalho de 40 horas semanais por parte de profissionais de saúde lotados nos Programas de Saúde da Família –PSF. Apenas nessa linha de atuação, foram expedidos 25 termos, abrangendo diversos municípios alagoanos. Esta questão será tratada adiante, de forma mais detida.

A atuação nessa perspectiva –qual seja, a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta referentes ao tema saúde –ocorreu nas Unidades do MPF em Alagoas; Amapá; Bahia (Procuradoria da República em Jequié e em Eunápolis); Ceará (Procuradoria da República em Juazeiro do Norte); Distrito Federal; Goiás; Espírito Santo (Procuradoria da República em Colatina); Mato Grosso do Sul (Procuradoria da República em Corumbá e em Coxim); Paraíba (Procuradoria da República em Sousa); Pernambuco (Procuradoria da República em Caruaru); Rio Grande do Sul (Procuradoria da República em Cruz Alta); Rio de Janeiro (Procuradoria da República em Petrópolis e em São João do Meriti); Roraima; Rio Grande do Norte (Procuradoria da República em Caicó); e São Paulo (Procuradoria da República em Campinas, em Itapeva, em Ribeirão Preto, em Registro e em Santos).

Um aspecto relevante que deve ser ressaltado é quanto à atuação dos membros nas unidades do MPF localizadas nos municípios (PRMs) em relação ao total de TACs celebrados no período. Dos instrumentos levantados, observa-se que 39 são oriundos dessas unidades municipais, ou seja, mais de 50% do universo apurado.

Em média, verificou-se que, entre a data do cadastro do procedimento e a celebração dos termos de ajustamento de conduta, decorreram 853 dias ou aproximadamente 28,4 meses. O menor prazo apurado foi de cinco dias (Termo de Ajustamento de Conduta nº 4/2015-Termo de Compromisso -LLO/PRDF/MPF) e o maior de 2890 dias (Termo de Ajustamento de Conduta 2015 -PR-DF-00006351/2015).

As questões atinentes a recursos materiais consistiram em irregularidades relacionadas à paralisação de obras de unidade de saúde; insuficiência de disponibilização de transporte de pacientes para realização de hemodiálise; ausência de aparelhagem (máquina peritoneal) para pacientes renais crônicos; fechamento de Unidade de Terapia Intensiva (UTI); funcionamento de Unidade de Pronto Atendimento (UPA 24h); sobrecarga de capacidade de hospital e necessidade de estruturação de rede própria de atendimento à saúde por parte de município; locação de equipamentos e insumos de hemodiálise; e implantação de central de regulação ambulatorial.

Os demais pontos referentes à gestão dizem respeito à irregularidade no atendimento de serviços de saúde; ausência de fornecimento aos usuários de certidão de não atendimento no sistema SUS; ausência de alimentação de banco de preços na aquisição de insumos de saúde; perecimento e descarte irregular de medicamentos; condições precárias de armazenamento, dispensação e acesso a medicamentos; atraso no repasse da verba do SUS para a rede privada conveniada; irregularidades na prestação de assistência médica aos militares e seus dependentes; e fiscalização de cumprimento de meta de redução da taxa de mortalidade materna.

Cabe destacar, ainda, o objeto do Inquérito Civil nº 1.24.000.001421/2014-74, que consiste em induzir a adoção pelo poder público de medidas tendentes a assegurar o acesso

a medicações derivadas da planta *Cannabis Sativa* por parte de pacientes portadores de enfermidades neurológicas convulsionantes e incapacitantes.

No Estado de Alagoas, a pesquisa retornou o total de 26 TACs celebrados. No que diz respeito aos vinte e cinco primeiros, os objetos versam sobre a delimitação da obrigação dos profissionais da saúde em trabalhar no Programa de Saúde da Família –PSF no cumprimento da jornada de 40 horas semanais de trabalho, bem como estabelecer as condições para que prefeituras municipais garantam o devido cumprimento da carga horária por parte desses profissionais. Quanto ao instrumento PR-AL-00016371/2016 (celebrado em 2015), o objeto consiste na regularização do atendimento e dos serviços prestados pelo Hospital Carvalho Beltrão.

No Estado do Amapá, a pesquisa apontou a celebração do TAC nº 1/2014 (PR-AP-00019192/2014). O objeto do instrumento consiste na tomada de compromisso do Estado do Amapá, da União, da Secretaria de Saúde do Estado, do Hospital das Clínicas Alberto Lima, da Clínica de Nefrologia do Hospital e das Clínicas Alberto Lima no sentido de adequar o Serviço de Nefrologia do Hospital de Clínicas Dr. Alberto Lima -HCAL às determinações relacionadas pelo Serviço de Auditoria do SUS (Relatório Final da Auditoria nº 13381) e pela Unidade de Vigilância Sanitária em Serviços relacionados à Saúde (Relatório de Inspeção n.º 059/2013 e Notificação nº 119/2013 UVSRS/DIVISA).

No Estado da Bahia foram identificados o TAC nº 01/2015 (PRM-TXF-BA-00000528/2015) e o TAC PRM-JQE-BA-00003176/2014. O TAC nº 01/2015, firmado com o Município de Teixeira de Freitas, teve como objeto coibir a contratação e a manutenção de empregados no quadro de pessoal da área da saúde, especialmente os vinculados ao SAMU, sem observar a regra do prévio concurso público, conforme previsto no art. 37, inciso II, da CF/88.

O segundo instrumento (PRM-JQE-BA-00003176/2014) promovido pelo Ministério Público do Estado da Bahia e pelo MPF, tendo como compromissário o Município de Jequié, cujo objetivo central da avença consiste na viabilização da contratação de 20 leitos de suporte com recurso diverso do já previsto na dotação orçamentária da Secretaria Municipal de Saúde.

Não obstante o encaminhamento do questionário à unidade responsável pelo TAC nº 01/2015 (PRM-TXF-BA-00000528/2015) e as reiterações da solicitação, até o fechamento da pesquisa não se obteve resposta da Unidade. Não foi possível, portanto, saber o resultado, restando o trabalho prejudicado neste ponto. No que tange ao TAC (PRM-JQE-BA-00003176/2014), encontra-se esse vigente, na data da pesquisa; as obrigações não foram cumpridas e as questões foram objeto de judicialização.

No Ceará consta o TAC PRM-JZN-CE-00009318/2013, celebrado pelo MPF com o Município de Juazeiro do Norte. O objeto do instrumento consiste na viabilização pelo Município do adequado funcionamento da UTI Neonatal e a Unidade de Cuidados Intermediários (Berçário de médio risco) do Hospital Municipal São Lucas. Devendo, para tanto, ser realizada a aquisição de diversos equipamentos e materiais hospitalares em quantidade suficiente para atender a oito leitos de UTI e 14 leitos de berçário de médio risco, tais como monitores cardíacos, bombas de infusão, equipamentos de ar comprimido e oxigênio, incubadoras, circuito respirador etc.

Além da questão do funcionamento da UTI Neonatal e da Unidade de Cuidados Intermediários, o Município também se comprometeu a corrigir as não conformidades apontadas pela Secretaria de Estado de Saúde do Ceará, nas seguintes unidades do Hospital Municipal São Lucas: Unidade de Cuidados Intermediários Neonatal; no Centro Cirúrgico; na Unidade de Internação; na Central de Material Esterilizado; na Sala de pré-parto; na cozinha e no Banco de Leite do Hospital Municipal São Lucas.

No Distrito Federal, a pesquisa indicou os TACs nº 4/2015 (PR-DF-00049513/2015) e PR-DF-00006351/2015. O primeiro instrumento tem por finalidade impedir o fechamento

iminente das unidades de terapia intensiva adulto e neonatal do Hospital Universitário de Brasília –HUB, evitar a produção de danos ainda maiores à saúde pública (rede pública de saúde do Distrito Federal) e prevenir responsabilidades cíveis e administrativas. Para tanto, estabelece autorização para que a EBSERH –Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares e o HUB efetuem a contratação de 19 profissionais da área médica para atender necessidades emergenciais da UTI adulto, UTI neonatal e urgência/emergência, por meio de processo seletivo simplificado.

Quanto ao TAC registro PR-DF-00006351/2015, tem como escopo regulamentar a alocação de servidores cedidos pela FUNASA à Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, para atuar no combate às endemias e zoonoses. Em resposta aos questionários, foi informado que o TAC envolvendo o HUB encontra-se arquivado e que as obrigações constantes foram revogadas, sem que a questão houve sido objeto de judicialização. Já em relação ao TAC referente à alocação de servidores, não se obteve resposta ao questionário, até o fechamento desta pesquisa, restando prejudicada a análise.

Em Goiás, verificou-se a celebração do TAC nº 2/2014 (PR-GO-00047651/2014). O instrumento tem como objeto central a recomposição dos quadros de enfermeiros do Hospital Araújo Jorge/Associação de Combate ao Câncer em Goiás –ACCG. Apurou-se, também, a celebração do documento denominado TAC nº1/2013 com o registro PR-GO-00010120/2013 que, em verdade, conforme esclarecimentos prestados pelo setor responsável da PR/GO, trata-se de Termo de Cooperação Técnica e Operacional nº 1/2013, firmado entre o MPF e o CREMEGO, estando, portanto, fora do escopo do presente estudo.

No TAC nº 2/2014 (PR-GO-00047651/2014), celebrado entre o MPF, o Conselho Regional de Enfermagem de Goiás –COREN/GO e o Hospital Araújo Jorge/Associação de Combate ao Câncer em Goiás –ACCG, este último assumiu o compromisso de efetuar a contratação de 31 enfermeiros “[...] com vistas à adequação quanti-qualitativa do quadro de enfermagem para uma assistência segura ao paciente e conseqüente melhoria da saúde do trabalhador no Hospital Araújo Jorge/ACCG”.

Também restou acordado que o compromissário não impediria a atuação fiscalizatória do COREN/GO, “[...] fornecendo as informações necessárias e franqueando o acesso às instalações do Hospital, a fim de que os fiscais possam cumprir com suas funções de fiscalização, desde que somente no âmbito da atuação dos profissionais de Enfermagem e conforme determina as leis e normas legais vigentes”.

Como medidas concretas para a execução do objeto acordado, os municípios se comprometeram a providenciar a instalação e o regular funcionamento de registro eletrônico de frequência dos servidores públicos vinculados ao Sistema Único de Saúde; a disponibilizar, em local visível das salas de recepção de todas as unidades públicas de saúde, quadros que informem ao usuário, de forma clara e objetiva, o nome, especialidade e horário de início e de término da jornada de trabalho de todos os médicos, odontólogos, enfermeiros e demais profissionais da área de saúde em exercício na unidade; e disponibilizar nas unidades de saúde, para consulta de qualquer cidadão, o registro de frequência dos profissionais que ocupem cargos públicos vinculados ao SUS.

No que se refere às aquisições de insumos de saúde, assumiram a obrigação de providenciar a inserção e a atualização periódica dos dados correspondentes no Banco de Preços em Saúde, assim como a utilizar esse banco de dados como fonte de consulta para orientar os processos licitatórios das aquisições de insumos.

No aspecto referente ao cumprimento das avenças, constatou-se que 39 TACs tiveram as obrigações estabelecidas efetivamente cumpridas na sua integralidade; 12 cumpridas parcialmente; seis tiveram os acordos descumpridos totalmente e três tiveram respostas

diversas que não se enquadravam em nenhum dos três primeiros parâmetros. Todos os acordos descumpridos totalmente e um parcialmente foram objeto de judicialização.

Para efeito de verificação e estabelecimento de um índice de efetividade da atuação extrajudicial do Ministério Público Federal, quanto aos TACs, propõe-se que para os casos em que as obrigações foram cumpridas totalmente, seja atribuído peso um e para as cumpridas parcialmente, peso 0,5 e, naturalmente, para as cujo descumprimento foi total, 0. Como foram obtidas respostas sobre o resultado do cumprimento de 57 (cinquenta e sete) TACs, o cálculo será feito sobre este montante. O indicador seria calculado da seguinte forma: $\text{TACs cumpridos totalmente} \times 1 + \text{TACs cumpridos parcialmente} \times 0,5 / \text{Total de TACs cujos resultados foram validamente apurados}$.

$$\frac{\text{TAC CT} \times 1 + \text{TAC CP} \times 0,5}{\text{TACs VA}} \times 100$$

Assim, para os TACs cumpridos totalmente tem-se 39 (trinta e nove) pontos e para os TACs cumpridos parcialmente, 06 (seis) pontos, totalizando 45 (quarenta e cinco) pontos. Assim, dentro do universo pesquisado, a atuação ministerial indicou um percentual de 78,94% de aproveitamento relativamente à sua atuação extrajudicial.

Logo, o baixo nível de judicialização dos Termos de Ajustamento de Conduta sugerem que a utilização desse instrumento extrajudicial parece ter potencial efetivo para reduzir os níveis de judicialização associados à atuação do Ministério Público Federal e, portanto, de reforçar seu caráter resolutivo.

4.2 A pesquisa das Recomendações

Especificamente sobre as Recomendações, levantou-se que do total de 2.331 documentos expedidos, 296 foram em 2013; 1.108 em 2014; e 927 em 2015. Deste total, 1.487 decorreram de Inquéritos Cíveis; 697 de Procedimentos Administrativos; 137 de Procedimentos Preparatórios e 10 de Notícias de Fato.

As Unidades do MPF que expediram Recomendações no período estão localizadas em todas as Unidades da Federação.

Um ponto a ser destacado refere-se à participação das PRMs. As unidades localizadas nos Municípios expediram 957 Recomendações, representando um percentual de 41% de participação em relação ao total do MPF.

A partir da planilha Excel contendo os dados dos procedimentos, utilizando-se da funcionalidade localizar, identificou-se, no campo resumo, as matérias de maior incidência da atuação institucional, que foram objeto das Recomendações expedidas. Sendo elas:

- a) O cumprimento da Lei nº 12.732/2012, que “dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início” e a implementação do Sistema de Informação do Câncer (SISCAN), contendo 177 registros;
- b) Fornecimento de certidões aos usuários que não tenham sido atendidos pelo Sistema Único de Saúde, à publicidade das aquisições de insumos de saúde, ao registro eletrônico de frequência dos servidores públicos vinculados ao Sistema Único de Saúde, com o registro de 378 recomendações;

- c) Exigência da instalação de instrumentos que permitam o controle social do horário de atendimento dos profissionais prestadores de serviços médico e odontológico, com 113 recomendações expedidas;
- d) Adoção de medidas para fomentar o correto atendimento e tratamento às pessoas possivelmente infectadas pelo vírus Influenza A (H1N1) no âmbito do Sistema Público de Saúde, com 224 recomendações expedidas; e
- e) Cumprimento dos “Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento –ODM-5 –”melhorar a saúde materna”, da qual o Brasil foi signatário, tendo como uma das metas “reduzir em três quartos, entre 1990 e 2015, a taxa de mortalidade materna”, bem como acompanhar o cumprimento do “Programa Rede Cegonha” (25 registros).

A partir da função “aleatório” do aplicativo Excel, das 2330 Recomendações, foram selecionadas 300 como amostragem e, a partir dessas, verificou-se que entre a data do cadastro do procedimento e a expedição da Recomendação, decorreram, em média, 237 dias ou, aproximadamente, 7,9 meses. O menor prazo apurado foi de um dia (Recomendação nº 16/2015 –PRM-PGN-PA-00001164/2015) e o maior de 1405 dias (Recomendação nº 107/2013 –PR-SC-00020167/2013).

A expressiva participação dos órgãos que atuam nas PRMs no que se refere à expedição de Recomendações (41% do total das emitidas pelo MPF) demonstra, além do caráter nacional da Instituição, a sua aproximação da sociedade e, ainda, levam a entender que o processo de interiorização das Unidades do MPF, iniciado na década de 2000, tem reforçado a ideia de que a presença local é importante para o desempenho da missão institucional, notadamente no que tange à defesa do direito à saúde, onde a pesquisa demonstrou que as mazelas da sociedade e as deficiências da gestão geralmente ocorrem em locais distantes das capitais e dos grandes centros urbanos.

Muito embora não se tenha verificado um prazo razoavelmente uniforme entre a instauração de um procedimento e a expedição de uma recomendação, da média de 300 expedientes analisados, constatou-se um prazo de 237 dias ou, aproximadamente, 7,9 meses, o que ainda assim se revela vantajoso, considerando o tempo que se leva para se processar uma demanda no Poder Judiciário de 1,5 ano na fase de conhecimento e 4,3 anos na fase de execução (CNJ, 2016, p. 70).

Tabela 2: Instrumentos extrajudiciais celebrados/expedidos por região do país

Região	TAC	Recomendação	Total	%
Norte	3	505	508	21,1%
Nordeste	48	384	432	18,0%
Sul	14	452	466	19,4%
Sudeste	1	412	413	17,2%
Centro-Oeste	5	578	583	24,3%
Brasil	71	2331	2402	100,0%

Elaborada pelo autor. Fonte: Sistema Único de Informações.

Por fim, não é possível avaliar se a via resolutiva é a preferida do MPF ou se, ao menos, existe a busca crescente por instrumentos extrajudiciais. Os dados levantados na pesquisa demonstram uma certa instabilidade no número de TACs celebrados e Recomendações expedidas. Não se vislumbra um “comportamento” que indique o aumento da atuação resolutiva -isso pode ser extraído da Tabela 2 –sendo necessário para uma análise mais ampla o levantamento em relação a período de observação maior do que o estabelecido nesta pesquisa que abrangesse, inclusive, os efeitos da Carta de Brasília.

Muito embora não se tenha realizado uma comparação entre a atuação demandista e a resolutiva no aspecto empírico, procurou-se demonstrar ao longo do trabalho que a Instituição tem buscado a maior eficiência da sua atuação, reconhecendo a necessidade de ampliação da atuação extrajudicial para dirimir os conflitos em todas as suas áreas, de forma preventiva, proativa e resolutiva.

Dentro das limitações antes colocadas, acredita-se que foi possível responder a questão sobre em que medida os TACs celebrados pelo MPF tem evitado a judicialização das questões que aportaram à Instituição (item 1.3 –Objetivo), tendo sido demonstrado que resultou no aproveitamento de 78,94% dos instrumentos celebrados, conforme o método de apuração proposto.

Há também outro aspecto observado que convém ressaltar. Refere-se à verificação no presente trabalho de atuações quase sempre pontuais do MPF por meio dos TACs. Alguns casos voltaram-se para pequenos grupos ou áreas geográficas. Isso decorre dentre outros fatores, da delimitação da esfera de atribuição própria do órgão oficiante, como é o caso do membro que atua numa determinada municipalidade ou grupo de municípios, por exemplo. A menos que a ação faça parte da atuação coordenada da PFDC e da 1ª CCR, quando a intervenção não é sistêmica, há o risco de que ela desequilibre o sistema da política pública.

CONCLUSÃO

O Sistema Único de Saúde, a despeito dos objetivos e diretrizes preconizados na Constituição Federal de 1988, experimentou avanços significativos ao longo dos trinta anos de promulgação da Carta Magna, mas ainda não cumpriu o seu papel fundamental de fazer com que o Estado Brasileiro promova as condições indispensáveis para o pleno exercício do direito à saúde.

É no processo de redemocratização do país em 1988 que surge o Ministério Público como instituição vocacionada à defesa dos interesses da sociedade, revestido de garantias e prerrogativas para exercer esse mister de forma ampla, sendo-lhe conferidos, inclusive, instrumentos de cunho extrajudicial para tanto. É nesse novo contorno que surge a concepção de um Ministério Público também apto a buscar as soluções para os conflitos de interesses não apenas na via judicial.

Restou evidenciado na revisão bibliográfica a consolidação do novo perfil do Ministério Público resolutivo, cada vez mais distante do traço demandista que o caracterizava até o advento da Constituição de 1988, ressaíndo, assim, como ator de relevante destaque no sentido de influenciar a concepção, o aprimoramento e a execução das políticas públicas de saúde.

Embora não se possa afirmar que a Instituição tem atuado mais na esfera extrajudicial em comparação com a judicial, por falta elementos para tanto, o que se buscou enfatizar foi que o Ministério Público Brasileiro e o MPF vêm proclamando diretrizes e adotando estratégias no sentido da atuação resolutiva. Isso restou

demonstrado quando foram tratadas as políticas desenvolvidas pelo CNMP, a exemplo da Carta de Brasília e da Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, G. A. Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no neoconstitucionalismo. In: ALMEIDA, G. A. (Coord.). **Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 1-82.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: abr. 2017.

_____. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: mar. 2018.

_____. **Lei Complementar nº 75**, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: set. 2017.

_____. Conselho Superior do Ministério Público Federal. **Resolução nº 87**, de 6 de abril de 2010. Regulamenta, no âmbito do Ministério Público Federal, a instauração e tramitação do Inquérito Civil (art. 6º, VII, da Lei Complementar nº 75/93 e art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85). Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/37227/RES_CSMPF_2010_87.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: jul. 2017.

CASAGRANDE, C. **Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. 295 p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2016**: ano base 2015/ Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: nov. 2017.

_____. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Coords.: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, 142 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Carta de Brasília**, 2017a. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/corregedoria/carta-de-brasil>>. Acesso em: dez. 2017.

_____. **Recomendação nº 54**, de 28 de março de 2017b. Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>>. Acesso em: mai. 2017.

_____. **Ministério Público: um retrato: dados de 2015**, volume V/Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2016a, 296 p. il, p. 217-220. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/MP_Um_retrato_WEB_FINAL.pdf>. Acesso em: dez. 2017.

_____. **Carta de Brasília: modernização do controle da atividade extrajudicial pelas corregedorias do ministério público**, 2016b. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Bras%C3%ADlia-2.pdf>. Acesso em: out. 2017.

_____. **Apresentada Proposta de resolução sobre a Política Nacional de Fomento à atuação resolutiva do MP**, 2016c. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/9968-apresentada-proposta-de-resolucao-sobre-apolitica-nacional-de-fomento-a-atuacao-resolutiva-do-mp>>. Acesso em: abr. 2017.

_____. **Ministério Público: um retrato: dados de 2014**, volume V/Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2015a, 296 p. il, p. 217-220. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/ANUARIO_UM_RETRATO_9_de_setembro_de_2014.pdf>. Acesso em: dez. 2017.

_____. Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais e Comissão de Planejamento Estratégico. **Projeto Incentivo da Autocomposição de Conflitos e Valorização da Atuação Extrajudicial**, 2015b. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/DireitosFundamentais/Arquivos/Projeto_AN1_-_Autocomposi%C3%A7%C3%A3o__e_Extrajudicial.pdf>. Acesso em: jul. 2017.

_____. **Ministério Público: um retrato: dados de 2013**, volume V/Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2014, 296 p. il, p. 217-220. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/MP_Um_Retrato_2013.pdf>. Acesso em: dez. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS (IPEA). Evolução do gasto com medicamentos do Sistema Único de Saúde no período de 2010 a 2016. **Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Brasília : Rio de Janeiro: Ipea, 1990-, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8250/1/TD_2356.pdf>. Acesso em: fev. 2018.

JÚNIOR, João Cancio de Melo. Evolução constitucional do Ministério Público brasileiro. In: ALMEIDA, G. A. (Coord.). **Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 83-110.

LIMA, Paulo César Vicente. Projetos Sociais – Novos instrumentos de atuação do Ministério Público. In: ALMEIDA, G. A. (Coord.). **Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 464-490.

MAGALHÃES, A. A. de A. Instrumentos de atuação extrajudicial do Ministério Público. In: SABELLA, W. P.; DAL POZZO, A. A. F.; FILHO J. E. B. (Coords.) **Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 678.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). 1ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Enunciado 24. Ata da 289ª Sessão Ordinária** realizada em 18.5.2017 publicada em 12.7.2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr1/atos-e-publicacoes/enunciados>. Acesso em: mar. 2018.

_____. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão/Núcleo de Apoio Operacional. **Voto nº 3.715/2016/NAOP/PFDC/PRR3ª Região**. Disponível no Sistema Único de Informações do MPF: registro PRR3ª-00020255/2016.

_____. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Relatório de Atividades, 2015a**. Disponível em: <https://issuu.com/ccipfdc/docs/relatorio_de_atividades_pfdc_2015>. Acesso em: dez. 2017.

_____. 1ª Câmara de Coordenação e Revisão **Relatório de Atividades, 2015b**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr1/atos-e-publicacoes/relatorio-de-atividades/relatorio-de-atividades-documentos/RelatorioAtividades2015.pdf>>. Acesso em: set. 2017.

_____. 1ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Informação nº 3/2015/1ª CCR**, de 14 de maio de 2015c. Resposta ao Ofício 78/2015. Esclarecimentos quanto aos critérios a serem utilizados para definir a atribuição da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão quando em aparente conflito com a 1ª Câmara de Coordenação e Revisão. Sistema Único de Informações. Disponível em: <<https://portal.mpf.mp.br/aptus/unico?termoPesquisa=pgr-00113753/2015>>. Acesso em: jan. 2018.

_____. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão/Núcleo de Apoio Operacional. **Voto nº nº 1939/2015/NAOP/PFDC/PRR3ª**, 2015d. Disponível no Sistema Único de Informações do MPF: registro PRR3ª-00004671/2015.

_____. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Relatório de Atividades, 2014a**. Disponível em: <https://issuu.com/ccipfdc/docs/relatorio_pfdc_2014>. Acesso em: set. 2017.

_____. 1ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Relatório de Atividades, 2014b**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr1/atos-e-publicacoes/relatorio-de-atividades/relatorio-de-atividades-documentos/relatorio-de-atividades-2014.pdf>>. Acesso em: set. 2017.

_____. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Revisão do Planejamento Temático da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2014c**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/institucional/a-procuradoria-federal/a-pfdc/planejamento-tematico/planejamento-2015-2016>>. Acesso em: jan. 2018.

_____. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Relatório de execução do Planejamento Temático da PFDC –Exercício de 2013**. 2014d. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/institucional/a-procuradoria-federal/a-pfdc/planejamento-tematico/relatorio-planejamento-tematico2013>>. Acesso em: jan. 2018.

_____. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Relatório de Atividades**, 2013a. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/institucional/relatorio_atividades/2013/2013-portugues>. Acesso em: set. 2017.

_____. 1ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Relatório de Atividades**, 2013b. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr1/atos-e-publicacoes/relatorio-de-atividades/relatorio-de-atividades-documentos/relatorio-de-atividades-2013.pdf>>. Acesso em: set. 2017.

_____. Ministério Público Federal. **Governança, gestão, inovação e resultados: biênio 2011-2013**. Brasília: MPF, 2013c. 172 p.

_____. **Núcleo de Apoio Operacional**. Apresentação. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/pfdc/sobre/nucleos-de-apoio-operacional-a-pfdc-naops>>. Acesso em: mar. 2018.

_____. **Uma construção coletiva: planejamento estratégico 2011-2020**. Brasília: Secretaria-Geral, 2011a. 112 p. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-dompf/sobre/publicacoes/pdf/livroplanejamentoestrategicodiadaestrategica.pdf/view>> .Acesso em: dez. 2017.

_____. **Planejamento Estratégico Institucional: Informações úteis para o dia a dia de trabalho**. Brasília-DF. 2011b. 42 p. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf/sobre/publicacoes/pdf/cartilha_planejamento_105_online.pdf>. Acesso em: mar. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema Único de Saúde, 2018a**. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em mar. 2018.

_____. **Farmácia Popular, 2018b**. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/acoes-e-programas/farmacia-popular>>. Acesso em mai. 2018.

NETO. O. B. A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o direito à saúde –evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v.16 n.1, p. 87-111, mar./jun. 2015.

NOGUEIRA, K. W. A.; JÚNIOR, G. M.; SILVA, A. M. V. Subfinanciamento crônico do Sistema Único de Saúde: a persistência de uma velha agenda para o sistema. **Anais 7º Seminário Nacional contra a privatização da saúde**. Disponível em: <<http://www.seer.ufal.br/index.php/anaisseminariofncps/article/view/3964>>. Acesso em: mar. 2018.

OLIVEIRA, J. E. **Constituição federal anotada e comentada: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA, F. F. O Ministério Público resolutivo: a tensão entre a atuação preventiva e a autonomia institucional. *In*: ALMEIDA, G. A. (Coord.). **Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 238-256.

SENADO FEDERAL. **Em discussão**. Revista de Audiências Públicas do Senado Federal, Ano 5, nº 19, fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/Upload/201401%20-%20fevereiro/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_fevereiro_2014_internet.pdf>. Acesso em: mar. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1130/2017-Plenário. Relator: Bruno Dantas. Processo 011.770/2015-5. Data da sessão 31/05/2017. Número da ata 19/2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1130%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: mar. 2018.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

OS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS
(CTAS) E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A
PARTICIPAÇÃO DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS
COMO FORMA DE PROTEÇÃO À BIODIVERSIDADE

EDUARDO BIACCHI GOMES
BEATRIZ COBO DE LARA

OS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS (CTAs) E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PARTICIPAÇÃO DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS COMO FORMA DE PROTEÇÃO À BIODIVERSIDADE

ASSOCIATED TRADITIONAL KNOWLEDGE (CTAs) AND FUNDAMENTAL RIGHTS: THE PARTICIPATION OF INDIGENOUS POPULATIONS AS A FORM OF PROTECTION TO BIODIVERSITY

Recebido: 03/12/2019
Aprovado: 03/06/2020

Eduardo Biacchi Gomes¹
Beatriz Cobo de Lara²

RESUMO:

O presente artigo apresenta uma análise sobre os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) enquanto direito fundamental. Para tanto, em um primeiro momento serão abordados os conceitos de biodiversidade, bioprospecção, biotecnologia vegetal, propriedade intelectual e sua relação com os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) a fim de contextualizar o problema no Brasil. Em seguida são analisados os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) sob a perspectiva do direito cultural e patrimônio cultural, enquanto direitos fundamentais. Por fim, pretende-se demonstrar que a proteção do direito fundamental aos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) só é jurídica e efetivamente plausível com a participação das comunidades tradicionais na elaboração de planos, projetos e normas sobre o assunto. A metodologia empregada foi a descritiva do tipo mista - quantitativa e qualitativa - voltada para a apreciação documental, assim como para análises sistemáticas da doutrina, das normas e da jurisprudência no âmbito da realidade dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) no Brasil.

Palavras-chave: Biodiversidade. Conhecimento tradicional associado (CTA). Lei da Biodiversidade. Direitos fundamentais.

ABSTRACT:

This paper presents an analysis of the associated traditional knowledge (CTAs) as a fundamental right. In order to do so, the concepts of biodiversity, bioprospecting, plant biotechnology, intellectual property and their relation with the associated traditional knowledge (CTAs) will be approached in order to contextualize the problem in Brazil. Next, the associated traditional knowledge (CTAs) is analyzed from the perspective of cultural law and cultural heritage as fundamental rights. Finally, it is intended to demonstrate that the protection of the fundamental right to associated traditional knowledge (CTAs) is only legally and effectively plausible with the

¹ Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 1993, possui Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000), Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina, 2001 e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). É Pós-Doutor em Estudos Culturais junto à Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona. Desenvolveu pesquisa na Universidade de Los Andes, Chile. Estágio de pós-doutoramento na PUCPR, PPGD em Direitos Humanos e Políticas Públicas. E-mail: eduardobiacchigomes@gmail.com

² Advogada. Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Unibrasil (2018/2020). Especialista em Direito Civil pela LFG. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Positivo (UP). Especialista em Diplomacia e Relações internacionais. E-mail: beatrizde.lara@hotmail.com.

participation of traditional communities in the elaboration of plans, projects and norms on the subject. The methodology used was the descriptive mixed type - quantitative and qualitative - focused on documentary appreciation, as well as for systematic analysis of doctrine, norms and jurisprudence within the reality of associated traditional knowledge (CTAs) in Brazil.

Keywords: Biodiversity. Associated Traditional Knowledge (CTA). Biodiversity Law. Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista a complexidade da problemática dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs), o presente estudo pretenderá evidenciar que os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) têm relação umbilical com os direitos fundamentais e dada a sua importância não há como se pensar em normas e políticas públicas sem a abertura do processo de decisão às populações tradicionais.

Assim, a Seção 2 destina-se à abordagem da problemática que envolve os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) e a concessão indevida de proteção à propriedade intelectual, mais especificamente, na modalidade patente. A Seção 3, a fim de demonstrar a importância do assunto, prestará uma análise da relação dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) com os direitos fundamentais.

E por fim, a Seção 4 abordará a necessidade de uma democracia efetiva como forma de proteger os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) contra a biopirataria. Ou seja, tentará demonstrar uma alternativa para o problema. Nesse contexto, o artigo tem sua linha fundamental de desenvolvimento calcada numa análise doutrinária e de cases que tocam o tema.

2 DA BIODIVERSIDADE À BIOTECNOLOGIA VEGETAL: A QUESTÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS (CTAs) NO BRASIL

Sabe-se que o Brasil detém a maior biodiversidade da Terra e está listado dentre os 17 países megadiversos do mundo³. Em números, o país detém cerca de 20% da quantidade total de espécies existentes no globo. A biodiversidade corresponde a aproximadamente 40% do PIB nacional. E 31% dos produtos oriundos da biodiversidade são exportados⁴.

São números bastante expressivos e que representam muitos privilégios, mas também muitas responsabilidades para o Brasil em relação ao tema.

A Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) define a biodiversidade como sendo “a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas”⁵.

³ País megadiverso significa país com abundância em plantas, animais e microorganismos e suas respectivas interações com o meio ambiente.

⁴ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira.html>. Acesso em: 14 de ago. de 2019.

⁵ CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA. Definição segundo o Artigo 2 da Convenção da Diversidade Biológica. Disponível em: < https://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf>. Acesso em: 13 de ago. 2019.

Desse conceito pode-se dizer que a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) refere-se à biodiversidade em três níveis: (i) a diversidade genética dentro de espécies; (ii) a diversidade de espécies e (iii) a diversidade de ecossistemas⁶.

Por isso a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) é considerada marco no que diz respeito ao resguardo das espécies e dos espaços especialmente protegidos.

Desde a sua conclusão – em 1992 – reuniões periódicas vêm sendo realizadas no sentido de implementar o seu conteúdo. E uma das mais importantes reuniões, foi a 10ª Conferência das Partes da Convenção sobre a Diversidade Biológica ou COP-10, que teve como preocupação a repartição justa e equitativa dos benefícios provenientes dos recursos genéticos das plantas, animais e micro-organismos. E que depois resultou no Protocolo de Nagoya sobre o Acesso a Recursos Genéticos e Repartição de Benefícios⁷.

Essa preocupação com a repartição dos benefícios provenientes das plantas, animais e micro-organismos faz sentido porque a biodiversidade além de significar variedade de vida, também significa matéria-prima para as mais diferentes áreas da indústria.

Na região da Amazônia, por exemplo, do breu (*Protium* sp) – amirina extrai-se óleo essencial, do camu-camu (*Myrciaria dubia*) extrai-se a vitamina C, do pracaxi (*Pentaclethra macroloba*) extrai-se óleo rico em ácido behênico⁸, do açaí extrai-se palmito (valor alimentício) e óleos diversos (valor cosmético) e assim por diante. Aliás, estima-se que só o açaí represente cerca 1,8 bilhões de dólares por ano para a Amazônia⁹.

Hoje, esse potencial que existe no conhecimento da biologia e que pode gerar uma nova forma de economia (Bioeconomia) já é percebido pelas grandes potências mundiais. Tanto é que a Alemanha a partir de 2030 projeta uma economia de 25% baseada na Bioeconomia¹⁰.

Essa busca por compostos orgânicos em microrganismos, plantas e animais que sejam úteis para a humanidade é chamada bioprospecção. E “o costume de coleta, análise e mesmo comércio do material biológico é tão antigo quanto à civilização humana. Cita-se como o mais antigo exemplo de bioprospecção, a coleta de plantas em 1495 a.C, em uma expedição organizada por uma rainha egípcia com o objeto de fabricar incenso¹¹”.

Na Amazônia, o processo de bioprospecção teve início com as chegadas dos portugueses ao Brasil. E o caso mais conhecido é do expedicionário britânico Henry Wickham que levou um barril de sementes da árvore seringueira até as colônias britânicas na Malásia e anos mais tarde a região se tornou a maior exportadora de látex do mundo, enquanto o Brasil foi extremamente prejudicado nesse setor¹².

6 DUPUY, Pierre-Marie; VINALES, Jorge E. **International Environmental Law**. ISBN 978-1-107-04124-0. University Printing House, Cambridge CB2 8BS, United Kingdom, p. 187.

7 O Protocolo de Nagoya abrange os recursos genéticos e os conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos (CTAs), assim como os benefícios derivados de sua utilização. Disponível em: <https://www.cbd.int/abs/infokit/revise/print/factsheet-nagoya-pt.pdf> Acesso em 16 de ago. 2019.

8 CANHOTO, Olinda. **Palestra sobre a “Biotecnologia na Amazônia e o potencial da biodiversidade para a inovação”**. Centro de Biotecnologia da Amazônia – CBA – 1 Expedição Amazônia 21, oferecida pela Academia Amazônia Ensina, realizada na cidade de Manaus, na Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Tupé, Parque nacional de Anavilhanas, Parque Estadual Rio Negro setor norte, área de Preservação Ambiental do Alto Cueiras e Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Rio Negro. 27 de janeiro a 3 de fevereiro de 2019.

9 NOBRE, Carlos. **Amazônia e Bioeconomia**. USP TALK. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=k-AOoopfwWA> > Acesso em: 14 de ago. de 2019.

10 Idem.

11 COSTA, Fernanda Bianco de Lucena. **Biodiversidade amazônica, biopirataria e direito de patente**. Revista Direito e Biodiversidade. Coordenadora Carla Amado Gomes. Curitiba: Juruá, 2010, p.. 99.

12 COSTA, Fernanda Bianco de Lucena. **Biodiversidade amazônica, biopirataria e direito de patente**. Revista Direito e Biodiversidade. Coordenadora Carla Amado Gomes. Curitiba: Juruá, 2010, p.. 100.

No século XXI, a principal técnica que utiliza os genes da biodiversidade é a chamada biotecnologia. “Biotecnologia significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou desenvolver processos para utilização específica”¹³.

Em outras palavras, pode-se considerar biotecnologia como “uma técnica que usa os organismos vivos (ou parte dos organismos), para fabricar ou modificar produtos, para aperfeiçoar plantas e animais ou ainda desenvolver micro-organismos para usos específicos”¹⁴

Especificamente quanto ao uso das plantas, pode ser dividido em (i) biotecnologia vegetal tradicional e (ii) biotecnologia vegetal moderna.

No caso dos cultivares (biotecnologia tradicional), dois organismos vivos (plantas) cruzam e dão origem a uma nova variedade vegetal com as mesmas características das duas cruzadoras anteriores.

No caso dos OGMs (biotecnologia moderna), o pesquisador seleciona o gene de interesse e por meio do bombardeamento de microprojéteis revestidos com fragmentos de DNA, atribuem-lhes novas características que, em geral, são impossíveis de serem adquiridas de forma natural¹⁵.

Assim, a biotecnologia vegetal moderna “utiliza organismos geneticamente modificados (OGMs) intervindo em suas células, explorando estratégias moleculares de manipulação dos genes para produção de interesse agropecuário, biomédico, farmacêutico ou veterinário”¹⁶.

Atualmente, ambas as técnicas de manipulação genética das plantas são válidas e utilizadas. Ocorre que, no âmbito da biotecnologia vegetal, a depender do resultado das criações intelectuais, as novas variedades vegetais encenram uma proteção da propriedade intelectual pré-definida.

*Especificadamente, quanto à propriedade intelectual, essa refere-se às ideias que são, essencialmente, criações intelectualmente construídas a partir de formas de pensamentos que se originam em um contexto lógico ou socialmente aplicável ao conhecimento técnico-científico, desencadeando ou resultando uma inovação*¹⁷.

No Brasil, a biotecnologia vegetal clássica é resguarda pela Lei de Cultivares (Lei número 9.456 de 1997) e a biotecnologia vegetal moderna – OGMs – é protegida pela Lei de Patentes (Lei 9.279 de 1996).

Na sua formação clássica, patente é o direito conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade da exploração de uma tecnologia que atenda a determinadas características por determinado período de tempo¹⁸.

Acontece que, a proteção via sistemas de patentes ao revés de incentivar a produção tecnológica no país, vêm sendo utilizada para usurpar os direitos culturais das comunidades tradicionais que muitas vezes cuidam da biodiversidade.

¹³ CANHOTO, Olinda. **Palestra sobre a “Biotecnologia na Amazônia e o potencial da biodiversidade para a inovação”**. Centro de Biotecnologia da Amazônia – CBA – 1 Expedição Amazônia 21, oferecida pela Academia Amazônia Ensina, realizada na cidade de Manaus, na Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Tupé, Parque nacional de Anavilhanas, Parque Estadual Rio Negro setor norte, área de Preservação Ambiental do Alto Cueiras e Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Rio Negro. 27 de janeiro a 3 de fevereiro de 2019.

¹⁴ MAGALHÃES, Vladimir Garcia. **Propriedade intelectual: biotecnologia e biodiversidade**. São Paulo: Editora Fuiza, 2011, p. 74.

¹⁵ STÉFANO, Kleber Cavalcanti. **Biotecnologia vegetal: propriedade intelectual e desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 58.

¹⁶ STÉFANO, Kleber Cavalcanti. **Biotecnologia vegetal: propriedade intelectual e desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 14.

¹⁷ BARROZO, Helena Aranda; TESHIMA, Márcia; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Novos estudos de direito internacional contemporâneo**. Vol. 2. Editora: Eduel (Edição Digital).

¹⁸ PINHEIRO, Rafael de Figueiredo Silva. **Da patenteabilidade de genes humanos**. (Dissertação de mestrado) Universidade de São Paulo Faculdade de Direito – USP. 2015, p. 62.

Nessa linha, o artigo 2º da Lei da Biodiversidade, Lei número 13.123 de 2015, define “Povos e Comunidades Tradicionais” como sendo:

Art. 2º (...) grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição¹⁹;

Esses grupos culturalmente diferenciados possuem conhecimentos próprios, também diferenciados. Assim, os chamados conhecimentos tradicionais associados (CTA) são práticas, experimentações e inovações consuetudinárias dinâmicas, transmitidas entre gerações comumente via oral; e constituem a memória viva, a história desses povos²⁰.

Neste sentido, Cristiane Derani explica que

o conhecimento tradicional associado é conhecimento da natureza, oriundo da contraposição sujeito-objeto sem a mediação de instrumentos de medida e substâncias isoladas traduzidas em códigos e fórmulas. É oriundo da vivência e da experiência, construído num tempo que não é aceito pela máquina da eficiência e da propriedade privada, mas cujos resultados podem vir a ser traduzidos em mercadoria geradora de grandes lucros, quando tomados como recursos da produção mercantil (DANTAS, 2006, p. 84).

Existem inúmeros casos de apropriação indevida de conhecimentos tradicionais associados via sistema de patentes. Como exemplo, o caso “Epibatidine”, um veneno retirado do sapo amazônico “Epipedobates Tricolor”, muito utilizado pelos indígenas da região e que têm a capacidade de interromper a dor tão bem quanto à morfina (biodiversidade).

Nesse caso, um cientista norte-americano, sabendo desse conhecimento, transportou ilegalmente os sapos (bioprospecção indevida/ilegal ou biopirataria), isolou suas propriedades e reproduziu de forma industrial a substância que depois, foi patenteada por um laboratório farmacêutico²¹.

Diante desse contexto, é visível a relação entre a propriedade intelectual, a biotecnologia vegetal e os conhecimentos tradicionais associados (CTA). Assim, o próximo tópico irá se ocupar de relacionar os conhecimentos tradicionais associados (CTA) e os direitos fundamentais, justamente para revelar sua importância no contexto atual.

3 OS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS (CTAs) E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como se viu conhecimento tradicional associado (CTA) é “informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético;²²”.

19 LEI DA BIODIVERSIDADE (LEI 13.123 DE 2015). Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm> Acesso em 16 de ago. 2019.

20 BERTOLDI, Marcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista. **Instrumentos de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 75-93, julho/dezembro de 2012, p. 79.

21 VICENTIN, Adriana Ruiz. **A propriedade intelectual, a proteção dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais e a biopirataria: o “caso cupuaçu”**. Revista de Direitos Difusos, ano VIII, vol. 42. Abril-Junho, 2007P. 28 e 29.

22 LEI DA BIODIVERSIDADE (LEI 13.123 DE 2015). Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o

Os direitos fundamentais, em linhas gerais,

são direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra²³.

Em outras palavras, direitos fundamentais são valores que importam ao ser humano em um determinado contexto histórico e que, geralmente, são positivados no ordenamento jurídico interno²⁴.

Para entender o conhecimento tradicional associado (CTA) como direito fundamental é necessário fazer um apanhado geral das leis que tocam o assunto, bem como compreender o que o conceito de cultura representa para o ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação ao conhecimento tradicional associado (CTA), na sua estruturação, a Constituição Federal dentro do título VIII que se refere à ordem social, possui capítulo próprio para tratar dos índios, mais especificamente, os artigos 231 e 232 do texto.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo²⁵.

Desses dois dispositivos, além das diversas interpretações possíveis, extraem-se duas máximas importantes: que os costumes e tradições – portanto, leia-se também, conhecimentos tradicionais associados (CTAs) – são objetos de proteção jurídica por parte do Estado e, que os índios são considerados sujeitos de direitos dentro da nossa organização social.

Já a Lei número 6001 de 19 de dezembro de 1973, ou também Estatuto do Índio²⁶, não dispõe nada relacionado à sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) em seu conteúdo.

Muito provavelmente porque quando a norma foi editada não havia suficiente consciência da dimensão da importância que os conhecimentos tradicionais associados (CTA) representavam para as populações tradicionais, para soberania do Estado, para a economia do país e assim por diante. Bem verdade, até hoje não há uma consciência efetiva.

De toda forma, a Lei da Biodiversidade, ou também Lei número 13.123 de 2015, é a mais recente regulamentação sobre o assunto. E apesar das várias controvérsias acerca de alguns dispositivos previstos em seu conteúdo, uma das grandes contribuições da norma foi a de reconhecer os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) como patrimônio cultural brasileiro.

Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm. Acesso em 16 de ago. 2019.

23 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 147.

24 Essa definição é importante à medida que se diferencia, mas não se distancia dos chamados Direitos Humanos. Direitos Humanos são “direitos postulados em bases jusnaturalista, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 147.

25 CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 28 de agosto de 2019.

26 ESTATUTO DO ÍNDIO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm Acesso em: 28 de ago. de 2019.

Art. 8º Ficam protegidos por esta Lei os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético de populações indígenas, de comunidade tradicional ou de agricultor tradicional contra a utilização e exploração ilícita.

§ 2º O conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético de que trata esta Lei integra o **patrimônio cultural brasileiro** e poderá ser depositado em banco de dados, conforme dispuser o CGen ou legislação específica²⁷. (Grifo)

Mas o que significa considerar conhecimento tradicional associado (CTA) como patrimônio cultural brasileiro?

Inicialmente, cultura, no contexto do Direito, significa “[...] produção humana juridicamente protegida, relacionada às artes, à memória coletiva e ao repasse [fluxo] de saberes [fazeres e viveres], e vinculada ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos”²⁸.

A Constituição Federal de 1988 não define expressamente o que são os direitos culturais, porque não é um conceito estanque. O significado de direitos culturais é aberto no sentido de que é preenchido conforme os sentidos, valores e práticas adotadas pela sociedade em determinado período político, histórico e social.

O que de forma alguma retira sua importância, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 menciona em toda sua extensão a palavra cultura, bem como permite a recepção do conteúdo dos tratados internacionais ratificados sobre o assunto, de acordo com o artigo 5, §2º da Carta Magna²⁹.

Dessa forma, patrimônio cultural é uma extensão do direito cultural. E sua conservação significa estabelecer um elo entre as passadas, as presentes e as futuras gerações à medida que estabelece uma memória coletiva comum³⁰.

Para Márcia Dieguez Leuzinger:

“A proteção ao patrimônio cultural proporciona, justamente, como bem coloca Teixeira Coelho, a manutenção, a construção ou a reconstrução das identidades (pessoal ou coletiva), de modo sobretudo a proporcionar ao indivíduo ou ao grupo um sentimento de segurança, uma raiz, diante das acelerações da vida cotidiana da atualidade, bem como o combate contra condições adversas de existência, “ao proporcionar a vinculação do indivíduo e do grupo a uma tradição, e, de modo particular, a resistência contra o totalitarismo, que faz da criação das massa desenraizadas o instrumento central de manipulação em favor da figura atratora do ditador, apresentado como único ponto de referência e orientação”³¹.

27 **LEI DA BIODIVERSIDADE (LEI 13.123 DE 2015)**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm. Acesso em 16 de ago. 2019.

28 COSTA, Rodrigo Vieira. **O registro do patrimônio cultural imaterial como mecanismo de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais: os efeitos do instrumento sob a ótica dos direitos culturais**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) 2017, p. 87. Disponível em: < <http://tede.ufsc.br/teses/PDPC1324-T.pdf> > Acesso em: 01 set. 2019.

29 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Idem, p. 90.

30 LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Natureza e Cultura: Unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes**. Curitiba: Letra da Lei, 2009, 54.

31 Idem, p. 57.

Patrimônio cultural é, portanto, o conjunto de bens culturais, materiais ou imateriais, que permite à sociedade brasileira, leiam-se também: minorias da sociedade brasileira, gozar o direito fundamental à cultura.

Em outras palavras, enquanto o direito cultural remete à noção de pertencimento e identidade de um grupo, o patrimônio cultural é o conjunto dos bens culturais que compõem esse traço da comunidade. Assim, segundo o artigo 216 da Constituição Federal:

*Art. 216. Constituem **patrimônio cultural brasileiro** os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico³². (Grifei)*

No que se refere aos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) estar-se-á diante de um patrimônio cultural imaterial, isto é, intangível, não palpável. Quando a Lei da Biodiversidade número 13.123 de 2015 considerou os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) como patrimônio cultural brasileiro, logicamente o fez considerando todo o ordenamento jurídico.

Nessa linha, de acordo com o artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal que dispõe sobre a proteção do patrimônio cultural por meio da ação popular:

*LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao **patrimônio histórico e cultural**, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;³³ (Grifei)*

Nesse sentido, podemos dizer que possui os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) possuem um duplo aspecto: representam tanto interesses coletivos (titulares determinados) como interesses difusos (titulares indeterminados). Em outras palavras, “toda a sociedade brasileira tem direito difuso sobre os conhecimentos tradicionais associados, respeitados os direitos culturais coletivos dos povos indígenas”³⁴.

E mais, podemos dizer que, pelo menos indiretamente, os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) podem ser considerados um direito fundamental.

Isso porque, o artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal permite esse raciocínio: a uma, porque estamos diante de um remédio constitucional (ação popular); a dois, porque o artigo 5º da Constituição Federal é considerado rol de direitos fundamentais; porque o artigo faz menção expressa ao patrimônio cultural; a três, porque em sendo assim, o direito ao patrimônio cultural goza de regime jurídico de direitos fundamentais, ou seja, é subordinado aos limites formais e materiais de reforma constitucional (art. 60, Constituição Federal), bem como possui aplicabilidade imediata (art. 5º § 1º, Constituição Federal)³⁵.

³² CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 03 set. de 2019.

³³ CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 02 set. 2019.

³⁴ COSTA, Rodrigo Vieira. **O registro do patrimônio cultural imaterial como mecanismo de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais: os efeitos do instrumento sob a ótica dos direitos culturais**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) 2017, p. 105. Disponível em: < <http://tede.ufsc.br/teses/PDPC1324-T.pdf> >

³⁵ GOMES, Nestor Castilho; GUSSO, Luana de Carvalho Silva. **Patrimônio cultural e direitos fundamentais: os desafios para uma “ordenação constitucional da cultura”**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2017, vol. 9, n. 17, Jul.-Dez.p. 373-398, p. 367. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista18/patrimonioNestor.pdf> Acesso em: 03 set. 2019.

Nesse sentido, a proteção dos conhecimentos tradicionais associados – leia-se: patrimônio cultural brasileiro – composto por bens culturais, é fundamental para que os direitos culturais, que são direitos fundamentais, sejam por todos usufruídos³⁶.

Demonstrada sua relevância prática e jurídica, é necessário pensar num caminho de proteção eficaz para os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) contra os abusos da concessão de propriedade intelectual (patentes) indevida. Para tanto, a próxima seção traz formas de proteção contra a biopirataria³⁷.

4 A PARTICIPAÇÃO DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS COMO FORMA DE PROTEÇÃO AOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS (CTAs) À BIODIVERSIDADE CONTRA A BIOPIRATARIA

O desafio, portanto, é uma maior participação das populações tradicionais na elaboração das normas em geral, de planos e programas de governo para que as políticas de comando e controle do Estado sejam inclusivas e efetivas.

Isso porque, o pluralismo participativo - no que se refere à elaboração de normas, de políticas públicas, de planos e programas atinentes àqueles povos – configura instrumento que aproxima o plano teórico da realidade e que, conseqüentemente, reforça a legalidade das decisões nessa área.

Sabe-se que o capitalismo eurocentrado ainda sobrevive como um padrão de poder mundial a ser perseguido. E que a dominação colonial, bem como a ideia de raça trouxe muitos reflexos negativos na construção da democracia nos países em desenvolvimento, sobretudo, na América-Latina.

Dois ideias foram fundamentais nesse processo de hegemonização do pensamento: a primeira a ideia de raça que é traduzida na diferença biológica entre os seres humanos, onde uns são superiores aos outros e, o outro fator foi a articulação de todas as formas de trabalho como forma de manter cada ator social desempenhando seu papel na sociedade³⁸.

O Estado nacional nasceu a partir da uniformização de valores. Ocorre que, hoje no séc. XXI, não se pode mais admitir uma identificação nacional sem considerar a pluralidade dos grupos, das culturas, e assim por diante.

Há uma multiplicidade de grupos que precisam ser consultados, ouvidos, para que de fato haja uma democracia efetiva e não aparente. Assim, é necessária a construção de um Estado plurinacional no sentido de reconhecimento das populações tradicionais e seus saberes.

E como essa abertura no processo decisório é possível?

Embora não inicialmente democrático o processo decisório sobre questões comuns, cabe a Constituição Federal Brasileira cumprir esses vácuos, principalmente reconhecendo juridicamente a relevância dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) em seu conteúdo.

Contudo, há de se frisar também, “que a proteção desses conhecimentos depende de um fator fundamental: o reconhecimento. Não o reconhecimento legal apenas, mas principalmente o reconhecimento da sociedade de massa³⁹”. Uma consciência cultural e ecológica.

36 LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Natureza e Cultura: Unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes**. Curitiba: Letra da Lei, 2009, p. 54.

37 NEDEL, Nathalie Kuczura; GREGORI, Isabel Christine. **A constante violação dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e o novo constitucionalismo latino-americano como caminho a ser trilhado para sua efetiva proteção**. CONPEDI. Law Review, Quito – Equador, v. 4, n. 2, p.21 -36, jul. dez. de 2018, p. 28. Disponível em: < file:///C:/Users/beatr/Downloads/4598-13827-1-PB.pdf> Acesso em: 04 set. 2019.

38 QUIJANO, Anibal; **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina**. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. CLACSO. Consejo Latino-americano de Ciências Sociais: Buenos Aires, 2005, p. 92.

39 BERTOLDI, Marcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista. **Instrumentos de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 75-93, julho/dezembro de 2012, p.

Especificamente, no que se refere à apropriação indevida dos conhecimentos tradicionais (CTAs) relacionados à biodiversidade por meio do sistema de propriedade intelectual na modalidade patente, é de se fazer constar que em que pese a proteção da propriedade intelectual incentivar as pesquisas de biodiversidade e consequentemente pesquisas biotecnológicas, o sistema como está formulado deixa brechas para empresas monopolizarem setores à custa das populações tradicionais e seus respectivos saberes.

Nesse sentido,

as multinacionais, dotadas de um poder de intervenção global e se beneficiando da mobilidade crescente dos processos de produção podem facilmente pôr em concorrência dois ou mais Estados ou duas ou mais regiões dentro do mesmo Estado sobre as condições que decidirão da localização do investimento por parte da empresa multinacional. Entre partes com poder tão desigual – atores globais, por um lado, e atores nacionais ou subnacionais por outro – a negociação não pode deixar de ser desigual⁴⁰.

O que também acaba por manter países ricos em biodiversidade como o Brasil, no eterno status de país em desenvolvimento.

Dessa forma, a participação efetiva das populações tradicionais associadas poderá ao menos minimizar o impacto das concessões indevidas de patentes na área da biodiversidade e da biotecnologia. Ao menos as normas elaboradas sobre o assunto estarão mais próximas da realidade.

É o que alguns países da América-Latina vêm tentando implementar, no sentido de dar mais voz às populações tradicionais por meio de programas de incentivo à cultura, tribunais com reserva de vagas para indígenas, reconhecimento jurídico por meio de normas e políticas públicas sólidas. É o que a Bolívia intenta implementar e pode servir como exemplo para os demais países da América-Latina.

A Constituição da Bolívia, na mesma linha de criação de um Estado Plurinacional dispõe sobre a questão indígena em cerca de 80 dos 411 artigos. Pelo texto, os 36 “povos originários” (aqueles que viviam na Bolívia antes da invasão dos europeus), passam a ter participação ampla efetiva em todos os níveis do poder estatal e na economia⁴¹.

Problemas globais exigem respostas globais. “E no século XXI as nações encontram-se na mesma situação das tribos antigas: já não constituem mais o contexto no qual se tem de enfrentar os mais importantes desafios da época”. Precisamos de uma nova identidade global, precisamos do reconhecimento de um Estado plurinacional⁴².

Nesse sentido, a proteção dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) em face da biopirataria e da concessão indevida de patentes sob a biodiversidade, só é possível num ambiente democrático que priorize o diálogo também com as minorias, no sentido de que é “percebida e promovida com uma forma de expressão do cosmopolitismo, a fim de combater as hierarquizações geradas pela colonialidade do poder e implementadas atualmente pela globalização hegemônica⁴³”.

Em uma sociedade multicultural, o respeito aos direitos de uma comunidade tradicional, que lhe reconhece direitos, significa aliviar tensões e reconhecer as diferenças e peculiaridades que lhes fazem únicas e digna de respeito. E mais, o respeito, o reconhecimento, a abertura

40 MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e Século XXI**. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 64 e 65.

41 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Estado plurinacional na América Latina**. BuscaLegis.ccj.ufsc.br.

42 HARARI, Noah Yuval. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.162.

43 OLSEN, Ana Carolina Lopes; FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental Internacional diante de considerações sobre soberania e democracia**. Revista Estado, desenvolvimento e meio ambiente.: novas perspectivas ao direito brasileiro. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2017, p. 136.

do processo decisório às populações tradicionais implica de modo certo na proteção dos conhecimentos tradicionais associados e conseqüentemente, da biodiversidade.

5 CONCLUSÃO

De todo o exposto e a título de conclusão, podemos dizer que o primeiro capítulo deixou claro que: o Brasil é considerado um país rico em biodiversidade; a biodiversidade abre diversas possibilidades para um novo modelo de economia, tendo em vista que de um único espécime pode-se extrair várias propriedades de cunho econômico; a bioprospecção é atividade lícita, porém quando não é praticada em conformidade com a regulamentação dá azo à biopirataria (ilícita); a biotecnologia vegetal – leia-se: manipulação das plantas – é uma realidade válida e utilizada; o sistema de proteção de propriedade intelectual, mais especificamente na modalidade de patentes, pode servir a interesses outros dos fins para os quais foram criados e prejudicar as populações tradicionais que possuem conhecimentos tradicionais associados (CTAs);

No segundo capítulo ficou claro que: os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) estão protegidos indiretamente pela Constituição Federal de 1988; o Estatuto do índio não dispõe nada sobre o assunto; a Lei da Biodiversidade equipara os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) a patrimônio cultural brasileiro; a proteção aos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) implica na proteção dos direitos culturais que por sua vez são considerados direitos fundamentais o que nos permite dizer que a proteção aos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) são direitos fundamentais; os conhecimentos tradicionais associados (CTAs) possuem um duplo aspecto: constituem interesses difusos e interesses coletivos.

E por fim, do terceiro capítulo podemos extrair que: é inviável a construção de políticas públicas, normas, sobre o assunto sem a participação dos grupos minoritários que convivem com o problema; a participação deve ser efetiva e não aparente quando da elaboração das normas sobre a biodiversidade, biotecnologia e biopirataria; a Constituição Federal deve reconhecer explicitamente em seu conteúdo a importância dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) a exemplo da Constituição Boliviana; é necessária a conscientização cultural e ecológica em massa; e que problemas globais merecem respostas globais, ou seja, o sistema de propriedade intelectual como fora desenhado não comporta os problemas relacionados aos conhecimentos tradicionais associados (CTAs).

REFERÊNCIAS

BARROZO, Helena Aranda; TESHIMA, Márcia; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Novos estudos de direito internacional contemporâneo**. Vol. 2. Editora: Eduel (Edição Digital).

BERTOLDI, Marcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista. **Instrumentos de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 75-93, julho/dezembro de 2012.

CANHOTO, Olinda. **Palestra sobre a “Biotecnologia na Amazônia e o potencial da biodiversidade para a inovação”**. Centro de Biotecnologia da Amazônia – CBA – 1 Expedição Amazônia 21, oferecida pela Academia Amazônia Ensina, realizada na cidade de Manaus, na Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Tupé, Parque nacional de Anavilhanas, Parque Estadual Rio Negro setor norte, área de Preservação Ambiental do Alto Cueiras e Reserva de Desenvolvimento Sustentável do Rio Negro. 27 de janeiro a 3 de fevereiro de 2019.

_____**CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____**CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA**. Definição segundo o Artigo 2 da Convenção da Diversidade Biológica. Disponível em: < https://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf>.

COSTA, Fernanda Bianco de Lucena. **Biodiversidade amazônica, biopirataria e direito de patente**. Revista Direito e Biodiversidade. Coordenadora Carla Amado Gomes. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Rodrigo Vieira. **O registro do patrimônio cultural imaterial como mecanismo de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais: os efeitos do instrumento sob a ótica dos direitos culturais**. Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) 2017. Disponível em: < <http://tede.ufsc.br/teses/PDPC1324-T.pdf>>.

DUPUY, Pierre-Marie; Jorge E. Viñuales. **International Environmental Law**. ISBN 978-1-107-04124-0. University Printing House, Cambridge CB2 8BS, United Kingdom.

_____**ESTATUTO DO ÍNDIO**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm

GOMES, Nestor Castilho; GUSSO, Luana de Carvalho Silva. **Patrimônio cultural e direitos fundamentais: os desafios para uma “ordenação constitucional da cultura”**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2017, vol. 9, n. 17, Jul.-Dez.p. 373-398. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista18/patrimonioNestor.pdf>.

HARARI, Noah Yuval. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

_____**LEI DA BIODIVERSIDADE (LEI 13.123 DE 2015)**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Natureza e Cultura: Unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes**. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Estado plurinacional na América Latina**. BuscaLegis.ccj.ufsc.br.

MAGALHÃES, Vladimir Garcia. **Propriedade intelectual: biotecnologia e biodiversidade**. São Paulo: Editora Fuiza, 2011.

MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e Século XXI**. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____**MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE**. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira.html>.

NEDEL, Nathalie Kuczura; GREGORI, Isabel Christine. **A constante violação dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e o novo constitucionalismo latino-americano como caminho a ser trilhado para sua efetiva proteção**. CONPEDI. Law Review, Quito – Equador, v. 4, n. 2, p.21 -36, jul. dez. de 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/beatr/Downloads/4598-13827-1-PB.pdf>.

NOBRE, Carlos. **Amazônia e Bioeconomia**. USP TALK. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=k-AOoopfwwA>>.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Ambiental Internacional diante de considerações sobre soberania e democracia**. Revista Estado, desenvolvimento e meio ambiente.: novas perspectivas ao direito brasileiro. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2017, p. 136.

PINHEIRO, Rafael de Figueiredo Silva. **Da patenteabilidade de genes humanos**. (Dissertação de mestrado) Universidade de São Paulo Faculdade de Direito – USP. 2015.

_____**PROTOCOLO DE NAGOYA**. Disponível em: <https://www.cbd.int/abs/infokit/revised/print/factsheet-nagoya-pt.pdf>.

QUIJANO, Anibal; **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina**. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. CLACSO. Consejo Latino-americano de Ciências Sociales: Buenos Aires, 2005.

STÉFANO, Kleber Cavalcanti. **Biotecnologia vegetal: propriedade intelectual e desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

VICENTIN, Adriana Ruiz. **A propriedade intelectual, a proteção dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais e a biopirataria: o “caso cupuaçu”**. Revista de Direitos Difusos, ano VIII, vol. 42. Abril-Junho, 2007.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

BENCHMARKING E GOVERNANÇA GLOBAL
COMO PARÂMETROS PARA A ANÁLISE DE
PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

JULIANO HEINEN

BENCHMARKING E GOVERNANÇA GLOBAL COMO PARÂMETROS PARA A ANÁLISE DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

BENCHMARKING AND GLOBAL GOVERNANCE AS STANDARDS FOR THE ASSESSMENT OF COMPLIANCE PROGRAMS

Recebido: 15/09/2019
Aprovado: 05/07/2020

Juliano Heinen¹

RESUMO:

Com base no desenvolvimento teórico da governança global e da produção e aplicação de normas jurídicas por empresas e governos, o presente estudo examina as condições para que a Administração Pública brasileira realize *benchmarking*, ao avaliar programas de integridade desenvolvidos no âmbito de empresas em busca dos benefícios previstos pela Lei nº 12.846/2013 e das demais regulamentadoras. Essa análise se justifica pela necessidade de estabelecimento um quadro de referências que dê conta dos princípios característicos da Administração Pública positivados no art. 37, *caput*, da CRFB/88. Inicialmente, o fenômeno da governança global é apresentado como um dos modernos desdobramentos do direito internacional. Na sequência, são apresentadas as principais características dos programas de integridade no Brasil, com certos elementos de direito comparado. Posteriormente, apresenta-se o modelo de rede de integridade para explicar o funcionamento de empresas no combate à corrupção. Finalmente, lançam-se as bases para interpretar os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência de modo a tornar possível e conveniente que a Administração Pública, ao avaliar programas de integridade, leve em consideração as experiências positivas e negativas que tenham sido adquiridas por agentes do próprio mercado.

Palavras-chave: Corrupção. Benchmarking. Programas de Integridade. Governança Global. Princípios administrativos.

ABSTRACT:

In light of theoretical developments of global governance and of the creation and application of legal norms by companies and governments, this paper examines the conditions upon which Brazilian authorities may benchmark, when assessing compliance programs implemented by companies seeking the benefits of Federal Law No. 12,846, of 2013, and its corresponding regulation. This analysis is justified by the need of setting forth a reference framework which accounts for the principles enshrined in Article 37, *caput*, of the Constitution, which typically constrain public authorities. Initially, one presents global governance as a modern unfolding of

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor titular na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), ministrando as disciplinas de Direito Administrativo e Prática em Direito Público. Professor de pós-graduação em diversas universidades e instituições, destacando-se a Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), Escola Superior da Magistratura Estadual (AJURIS), UNIRITTER (Laurent University). Professor convidado da Escola Superior de Direito Municipal (ESDM), Fundação Escola Superior da Defensoria do RS (FESDEP), da Escola Superior da Advocacia Pública do RS (ESAPERGS) e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Palestrante em eventos nacionais e internacionais. Premiado nacionalmente pelo seu trabalho. Autor de dezenas de livros na área do Direito Administrativo e Constitucional. Ex-Defensor Público do Estado do RS. Atualmente, desempenha as funções Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Email: julianoheinen@hotmail.com

international law. Secondly, one delves into the main features of compliance programs in Brazil and into some elements of comparative law. Thirdly, one proposes the model of compliance network to explain how companies fight corruption. Finally, one provides the basis for the construct of the principles of legality, morality, impersonality, publicity and efficiency as a means to allow authorities, when assessing compliance programs, to consider the positive and the negative experiences acquired by agents of the marketplace itself.

Keywords: Corruption. Benchmarking. Compliance Programs. Global Governance. Administrative principles.

But every clever crime is founded ultimately on some one quite simple fact—some fact that is not itself mysterious. The mystification comes in covering it up, in leading men's thoughts away from it. Gilbert Keith Chesterton

INTRODUÇÃO

Sob o pano de fundo do desenvolvimento teórico acerca da governança global, com seus efeitos sobre como empresas e governos interagem mutuamente com a produção e aplicação de normas jurídicas, o presente estudo objetiva responder à seguinte pergunta: quais são as condições para que a Administração Pública brasileira realize *benchmarking*, ao avaliar programas de integridade desenvolvidos no âmbito de empresas, visando a se sujeitar aos termos da Lei nº 12.846/2013 e das demais regulamentadoras? A inspiração dessa pergunta vem do grande interesse que as normas que pretendem combater a corrupção têm despertado na doutrina brasileira, à conta de significativas inovações conceituais que a legislação recentemente passou a contemplar.²

O sentido teórico da indagação, por outro lado, decorre da necessidade de formulação de um quadro de referências que aptamente atenda a todos os princípios característicos do balizamento da conduta da Administração Pública. Dentre as mais importantes condicionantes, figuram os princípios positivados no art. 37, *caput*, da CRFB/88, a saber, os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Se é verdade que tais princípios servem para controlar ou, ao menos, minimizar a prática de atos desonestos na gestão da coisa pública, parece claro que, ao serem aplicados especificamente na legislação para o combate à corrupção, eles ganham em densidade e em relevância.

O referencial doutrinário, no entanto, é mais amplo do que as balizas constitucionais e legais brasileiras. A doutrina já tem fornecido conceituações suficientemente desenvolvidas da governança global como um fenômeno que pretende impactar de maneira profunda, ou, ao menos, descrever com sofisticação, os mais difusos mecanismos de interação de empresas e governos. O domínio da integridade é propício a tal análise justamente por colocar o escopo da regulação em uma perspectiva ampla. Mais do que comandos comportamentais abstratos, dotados, ou não, de respaldo estatal de caráter sancionador, a integridade se faz sentir também por induções do agir em nível prático e concreto, nem sempre punitivas em sua essência. Nessa perspectiva, importam as práticas e as orientações jurídicas internas das empresas, bem como aquelas adotadas nas relações comerciais travadas com outras entidades privadas, inclusive as de caráter de representação setorial. Ganham espaço, ainda, as práticas e orientações jurídicas

² São exemplos de temas que têm causado preocupação: o difícil equacionamento de uma sistemática de responsabilidade objetiva, com base nos tipos descritivos positivados na lei; a convivência de diferentes sistemas punitivos, como os decorrentes da legislação contra a improbidade, de regência das licitações e da legislação penal, geral; os conflitos de competências entre diferentes órgãos, como a antiga Controladoria-Geral da União, Ministério Público, Tribunal de Contas e Advocacia Pública.

que surgem individualmente, no âmbito da relação de cada empresa com cada autoridade regulatória responsável por um feixe da respectiva atividade econômica; e, por fim, aquelas que se extraem conjuntamente da relação entre as diversas empresas e as diversas autoridades regulatórias. A tudo isso o estudo da governança global busca dar algum grau de coerência que adequadamente responda às necessidades de um regime jurídico essencialmente transnacional, complexo e persuasivo. Com efeito: *transnacionais* são a atuação dos principais agentes econômicos da modernidade e as necessidades e interesses dos Estados nacionais; *complexos* são os interesses sociais, econômicos e políticos em jogo na modernidade; e *persuasivas* tendem a ser as modernas modalidades regulatórias de incentivos e desincentivos indiretos à aderência à ordem normativa.

Inserida neste contexto mais amplo, a discussão pontual sobre o exercício comparativo, por parte da Administração, de diferentes programas de integridade, desvenda mais uma faceta da aproximação conceitual e prática entre as esferas pública e privada do direito, uma noção já com um largo acervo doutrinário e jurisprudencial no Brasil. Como em possivelmente todos os fenômenos jurídicos, tal aproximação reflete uma circunstância que antes tem se manifestado na própria sociedade, em função da sua pluralização: empresas e indivíduos cada vez mais têm as suas atividades condicionadas pela atuação do Estado, o qual, por sua vez, é crescentemente pressionado para atender a demandas daqueles agentes. O efeito didático da separação entre o direito público e o direito privado, em tal cenário, perde força, na medida em que se potencializa a interpenetração entre ambos; e não raro soará legítimo, e mesmo necessário, que a Administração se valha de práticas comuns no mercado privado para melhor cumprir seu papel de garantidora de uma ordem jurídica que, de fato, reflita a versão mais justa daqueles princípios.

A reflexão sobre o tema, para além de uma contribuição teórica, pode resultar em uma gama de benefícios de ordem prático-negocial – um modelo equilibrado de *compliance* corporativo tem sido apontado pela doutrina especializada como uma vantagem competitiva para as empresas, com reflexos benéficos de aprimoramento para a economia como um todo. Esse modelo envolve uma análise de custo e risco voltada para a eficiência tanto do ponto de vista de aderência aos preceitos regulatórios, com ganhos sob a ótica comercial das empresas em relação a seu posicionamento no mercado; bem como sob a ótica da própria Administração. Ao reboque disso vem uma preocupação política. Não se pode perder de vista que, no Brasil, tem-se observado o uso da máquina pública para fazer dinheiro como forma de sustentação política e não apenas para enriquecimento pessoal. Ao se consolidar como uma metodologia de sustentação de um projeto de poder, a corrupção deve ganhar mesmo esse foro especial no debate jurídico. A defesa de uma governança global, assim, embora ambiciosa como proposta acadêmico-política, e quase utópica na ótica de um programa de *compliance* integralmente imune a falhas, tem já algumas primeiras bases teóricas sólidas.

Com a resposta à questão norteadora desse estudo, pretende-se fornecer parâmetros para que o exame dos programas de integridade, por parte da Administração, capte os mais relevantes movimentos verificados entre as próprias empresas, agregando experiências positivas e negativas que já tenham sido adquiridas na identificação das melhores práticas na construção de um modelo de combate à corrupção. Para tanto, a definição mesma de *benchmarking*, como busca por melhores práticas em agentes que atuam em determinado mercado, será bastante útil (PARKER, 2003, pp. 221-244). Essa técnica tem sido consagrada no mundo corporativo como um método de sistematização de processos de gestão e de solução de problemas em geral, com espelho nas melhores práticas adotadas por líderes no setor. Trata-se de uma saudável busca por excelência e pelo aproveitamento do conhecimento acumulado por outros agentes, por meio da qual é possível aprender com experiências alheias.

Aplicada aos programas de integridade, a técnica de *benchmarking* pode proveitosamente socorrer empresas que estão adotando iniciativas de *compliance* e que, em seu próprio campo de atuação, aprimoram seus resultados mediante conhecimento adquirido por outros agentes ao enfrentarem problemas de ordem semelhante. Por meio dessa técnica, por exemplo, pode ser obtida informação sobre a estrutura do setor de integridade, os métodos de diligência apropriada, as políticas de contratação de terceiros; “os procedimentos específicos”, como estatuído pelo art. 42, inciso VIII, do Decreto Federal nº 8.420/2015.³

É dizer: todas as questões que devem ser devidamente enfrentadas por uma empresa que deseja não apenas constituir um programa de integridade que obedeça aos postulados legais, mas que efetivamente se destaque entre agentes do setor como tendo constituído um programa de excelência. Incentivar tal estado de coisas é bastante salutar para a Administração Pública, sobre a qual uma nova carga de atribuições e responsabilidades foi colocada pela legislação regulamentadora da Lei nº 12.846/2013, a qual recebeu muitas denominações (“apelidos”): “Legislação de *compliance*”, de “Lei de Improbidade da Pessoa Jurídica”, de “Lei Anticorrupção Empresarial”, de “Lei da Empresa Limpa” etc. A bem da didática, chama-se aqui a Lei nº 12.846/2013 pela expressão mais corriqueira e disseminada no cenário nacional. Enfim, toda a vez em que se fizer referência à norma ora comentada, será utilizada a expressão “Lei Anticorrupção” (HEINEN, 2015, p. 16).

Tal legislação vem a compor o problema da corrupção como um fenômeno transnacional e relacionado a outras formas de delinquência (FAORO, 2000, p. 8 e ss) e (BATISTA, 1991, p. 12). Logo, o debate sobre o tema deve ser enfrentado a partir de medidas que vão desde o fortalecimento das instituições e o intercâmbio de informações entre os países, até o aperfeiçoamento de mecanismos legais para a qualificação do referido combate – como é o caso da Lei nº 12.846/2013.

1 O MARCO DA GOVERNANÇA GLOBAL

Do ponto de vista estritamente normativo, é apenas natural que as inquietações dos estudiosos do direito sejam tão mais alargadas quanto mais fronteiras nacionais se esteja disposto a ultrapassar ao estabelecer as características de um fenômeno jurídico. Especialmente em questões regulatórias, tal exercício nem sempre traz respostas que satisfaçam às necessidades práticas e acadêmicas, dada a dificuldade de se fixarem quais são as melhores opções, dentre as variáveis existentes. Sem embargo, para o exame aqui proposto, a validade desse exercício transfronteiriço parece se configurar quando o observador vem a se deparar com uma tendência já bastante teorizada pela doutrina: a predisposição de se buscar compreender e promover, ou, ao menos, descrever, os contornos de uma ordem jurídica pautada pela governança global. Quase alegórica, a expressão será utilizada para se referir a um *objeto específico*, a saber, práticas e orientações jurídicas; e a sujeitos determinados, a saber, empresas multinacionais e autoridades regulatórias estatais. Em matéria de *compliance*, tão extensa tem sido a produção acadêmica sobre tal objeto e tais sujeitos que, da sua essência, um núcleo central de preceitos pode ser extraído para se proceder a uma análise mais focada na realidade brasileira.

Uma justificativa para se percorrer esse caminho é a de que, diante da notória dispersão das empresas multinacionais pelo globo,⁴ uma visão regulatória verticalmente baseada na

³ Brasil. Decreto nº 8.420/13, art. 42: “Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: (...) para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões”.

⁴ Em referência histórico-política relevante, no campo da corrupção, a doutrina explica que “Não obstante as inúmeras e pertinentes críticas apresentadas ao processo de globalização, a liberalização econômica dela decorrente, especialmente no plano do comércio

relação exclusiva entre governo nacional e empresa local resulta em clara deficiência. Prova disso são os problemas em matéria de preços de transferência,⁵ operações *off-shore*, *standards* de produtos em diferentes mercados consumidores *etc.* Daí que, mesmo no cenário doméstico, uma visão horizontal da regulação, abrangendo outras empresas locais, de dentro e de fora do mercado da empresa regulada, bem como outras autoridades reguladoras, é de extrema utilidade na construção de um modelo teórico sólido de maior aceitação pelos governos e pelo empresariado.

Como apontado anteriormente, o plano de análise, aqui, liga a perspectiva da governança global aos os programas de *compliance* também por conta dos avanços de autorregulação setorial e suprassetorial. Basta ver, para identificar o fenômeno, o impacto que a *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, dos Estados Unidos, em vigor desde 1997, e a legislação britânica de 2011, a *Bribery Act*, promoveram nos setores econômicos desses países. No Brasil, isto não tem sido diferente: o setor em que empresa atua é relevante para a análise do seu programa por comando normativo expresso (art. 42, §1º, inciso IV, do Decreto nº 8.420/15). Na linha da consideração de que, em quase todos Estados sociais, o princípio da eficiência veio acoplado em alguma espécie de norma (BATISTA JUNIOR, 2004, p. 156), segue-se a questão se os códigos setoriais podem ser considerados como representando as melhores práticas no setor.⁶ Em uma primeira aproximação, pode ser pontuado que, na lógica do art. 42 do Decreto 8.420/2015, deixar de fazer uma análise caso a caso feriria os critérios que podem variar de empresa a empresa e que resultam na criação de um programa de integridade adaptado a suas peculiaridades. Mas a força persuasiva desses códigos setoriais ou suprassetoriais parece ser indubitável e talvez se possa cogitar de um ônus argumentativo para empresas daquele setor que não venham a adotar os mesmos critérios; e um bônus para aquelas que vierem a demonstrar um comprometimento ainda maior com o programa.

Em verdade, pode-se mesmo prescindir da indagação se a perspectiva da governança global pode ser escolhida no Brasil: a internacionalização da economia e do comércio jurídico, da qual o Brasil vem fazendo parte com maior intensidade nos últimos anos, já fez essa escolha pelo regulador brasileiro. Isso se manifesta tanto pela presença de multinacionais no país, geralmente associadas a estruturas societárias complexas, com pontos de contato em diversas outras jurisdições; quanto na atuação de grupos brasileiros no exterior, especialmente na América Latina. Um certo impasse subsiste aqui. Se o “problema da internacionalização” está mais do que posto, o seu equacionamento regulatório, contudo, não parece estar em condições de alcançar uma solução definitiva: esse equacionamento é uma tarefa de constantes e incrementais melhorias e adaptações. Quando já não seja operacional e econômico, é propriamente intelectual o desafio de administrar juridicamente entidades desse porte internacionalizado. Basta pensar na hipótese de uma empresa se ver na contingência de

internacional, gerou forte pressão para que os países dessem maior transparência a suas economias. Este quadro criou incentivos para a implantação de reformas em suas estruturas econômicas e administrativas de modo a torná-los aptos a participarem dos processos de integração que se desenvolviam no plano internacional. Ou seja, fortemente influenciados pelos processos de integração ocorridos especialmente na Europa, importantes economias de países emergentes como Brasil, Argentina, México e Chile, para mencionar somente alguns exemplos de países latino-americanos, tiveram de passar por reformas em suas legislações e em suas formas de organização judiciária e administrativa de modo a torná-los mais aptos a participar dos novos movimentos de circulação de capitais, tecnologias e informação. Nesse contexto, o desenvolvimento de mecanismos de combate à corrupção passou a ser um dos principais aspectos considerados para a implementação dessas reformas”. (FURTADO, 2015. p. 24).

⁵ A lista de *stakeholders*, em matéria de preços de transferência, bem demonstra a amplitude do desafio de harmonização normativa que as atividades das multinacionais suscitam. “*Transfer pricing policies permeate many facets of an MNE’s business. A number of key internal and external stakeholders have a vested interest in the development, implementation, and defense of an MNE’s transfer pricing policies. Key internal stakeholders include tax departments, Chief Financial Officers (CFOs), operations personnel, accounting departments, and legal counsel. Key external stakeholders include government authorities, independent auditors, and tax planning and compliance advisors.*” (BRONSON; JOHNSON; SULLIVAN, 2011, p.18).

⁶ Veja-se, por exemplo, o Código de Conduta Empresarial voltado para o *compliance* de hospitais privados. Disponível: <http://anahp.com.br/publicacoes-anahp/livros/codigo-de-conduta-empresarial-%7C-compliance-para-hospitais-privados>. Acesso em: 16 Jun. 2016. No plano suprassetorial, veja-se a iniciativa “Empresa Limpa”. Disponível em: <http://www.empresalimpa.ethos.org.br/>. Acesso em: 16 Jun. 2016.

negociar com diferentes governos (da matriz e do local onde o ato ocorreu ou ocorrerá) distintas indenizações, por um único fato ou por fatos que se “alastraram” em diferentes círculos da cadeia produtiva. Leis de bloqueio, aí, limitando a prestação de informações e documentos de caráter comercial a governos estrangeiros, claramente representam um fator de instabilidade (FERNANDES DIAS, 2015, pp. 322-367). Somem-se a isso as ações judiciais privadas, de caráter coletivo e disperso em múltiplas jurisdições, já comuns nos Estados Unidos e noticiadas como crescentes na Europa:⁷ de fato, o escopo do controle prévio e posterior sobre os programas de *compliance* das empresas, a cada vez que um escândalo de corrupção vem a público, assume um caráter multifacetado, em que o papel das autoridades, com ou sem o protagonismo que pudesse ser desejável, designa apenas mais uma das forças em jogo.

Sean J. Griffith, acadêmico americano, aliás, vale-se justamente do caso dos escândalos de corrupção para trazer uma importante consideração sobre o mecanismo de operação das autoridades públicas. Escrevendo sobre o panorama do *compliance* nos Estados Unidos, ele coloca em evidência como a atuação do legislador em tais casos costuma ser limitada e, de toda sorte, logo contrabalanceada, por investidas de *lobbying* por parte das indústrias afetadas; e que a atuação dos *prosecutors*, conquanto mais discreta e menos generalista, produz impactos de maior magnitude, em função da relativa independência e do relativo insulamento político desses agentes (GRIFFITH, 2016, pp. 2118-2119). Desse exemplo americano, independentemente da sua aplicabilidade no Brasil, pode-se bem extrair um preceito geral de que os sucessos em matéria de *compliance* podem se originar por diferentes métodos, porque heterogêneo é o seu próprio objeto.

A defesa de um sistema de governança global, assim, representa a busca de uma normatividade perdida. Isso porque, ao largo de eventuais prescrições do direito estatal tradicional, as práticas e orientações jurídicas das empresas, e mesmo a atividade regulatória propriamente dita das autoridades, são percebidas como separadas por certa incoerência e por movimentos de fuga. Os campos jurídicos em que isso pode ser feito são vários: em um sistema de direitos humanos; em um sistema de proteção ambiental; em um sistema financeiro mundial; em sistema esportivo mundial; em um sistema de arbitragem internacional; em um sistema energético mundial; em um sistema de investimentos estrangeiros *etc.* Em todos esses casos, meramente reconhecer que uma regulação de qualidade pode influenciar diretamente as práticas e orientações jurídicas das empresas parece ser o primeiro passo para uma tão desejada aderência regulatória. Atingir semelhante objetivo, contudo, não está ao fácil alcance dos governos e, sem dúvida, a doutrina muito tem a construir como forma de auxílio nessa tarefa.

A perspectiva da governança em matéria de *compliance* deve se referir, por fim, a algumas implicações extracorporativas e internacionais. Ambas sinalizam e alimentam o interesse na criação de instrumentos jurídicos de aprimoramento regulatório. A visão extracorporativa do *compliance* convida a um olhar para as pessoas jurídicas que, em vez de se centrar unicamente em seus agentes internos, torna juridicamente relevantes os compromissos que as empresas devem ter com os seus agentes – não exatamente externos, mas – laterais. Daí a menção aos princípios da OCDE especialmente desenvolvidos para empresas listadas no mercado de capitais, tutelando: (i) o direito dos acionistas; (ii) o tratamento equitativo dos acionistas; (iii) o papel dos *stakeholders* na governança corporativa; (iv) informações e transparência; (v) responsabilidades do Conselho (FREMOND; CAPAUL, 2016, p. 6). Desses agentes laterais, podem-se esperar esforços e incentivos a que a promoção do *compliance* seja feita da melhor maneira possível. Há, no entanto, repercussões tipicamente internacionais que alargam ainda mais o raio da análise jurídica que deve ser feita em matéria de *compliance*. A vocação global

⁷ PRICE-fixing. No truck with cartels. **The Economist**: Londres, 04 Jun. 2016. Disponível em: <http://www.economist.com/news/business/21699957-expensive-times-companies-accused-collusion-no-truck-cartels>. Acesso em: 12 Jun. 2016.

para o tratamento adequado dos novos desafios regulatórios envolvendo empresas e governos esbarra, de maneira provocante, na própria barreira que tradicionalmente se imputa ao direito internacional. A doutrina tem sugerido, aí também, uma reinterpretação de categorias. Nas palavras de Marti Koskenniemi, a posição mesma da disciplina do direito internacional, a um só tempo distante e próxima a todos esses problemas socioeconômicos e, afinal, jurídicos, ganha destaque:

O direito internacional aparece frequentemente como a única superfície sob a qual a governança administrativa pode ser desafiada, o único vocabulário com um horizonte de transcendência – mesmo se, ou talvez precisamente porque aquele horizonte não é facilmente traduzido em outro projeto institucional. Penso, muitas vezes, no direito internacional como uma espécie de fé secular. Quando Estados poderosos ocupam-se em guerras imperiais, a globalização desloca comunidades ou companhias transnacionais causam destruição ao meio ambiente, e onde governos nacionais se mostram corruptos ou ineficazes, ouve-se comumente um clamor ao direito internacional. Este aparece aqui menos como regra ou instituição, mas como um espaço de vocabulários de justiça e bondade, solidariedade, responsabilidade e – fé. (2009, p. 278)

Os aportes da governança global, aqui, serão recortados para o campo do *compliance* corporativo, o qual, de certa maneira, reflete-se em quase todos exemplos acima citados, mas que se circunscreve de maneira toda própria no combate à corrupção. Assim se passa por conta da excepcional dimensão que a aderência regulatória, de onde quer que a norma jurídica esteja vindo, assume em determinadas empresas. Não ignorado pelos Estados, o problema da aderência regulatória tem se destacado de maneira tão importante que se consolidou em diversas jurisdições, inclusive no Brasil, o postulado de que as próprias pessoas jurídicas são responsáveis por estruturar aparatos internos de prevenção, apuração e responsabilização de ilícitos cometidos por seus funcionários e por terceiros com quem tenham determinados vínculos. Falhando nessa esfera, as empresas se sujeitam a sanções complementares àquelas impostas pelo descumprimento puro e simples de um determinado comando regulatório, o que bem explica como o *compliance*, por si só, virou um negócio bilionário de escala mundial; e que, não à toa, perpassa iniciativas do próprio poder público brasileiro para tentar instrumentalizar melhor o controle interno.⁸

2 PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

Os programas de integridade não são novos no setor privado, tendo em vista que implementados francamente nas corporações. Eles visam a prevenir desvios, abusos ou ilegalidade cometidos pelos agentes que atuam em nome das pessoas jurídicas, a fim de não as prejudicar. Então, a figura da *compliance* é uma prática que impõe às pessoas a aderência à lei e às boas práticas, inclusive aquelas dispostas em códigos de ética interna das empresas. Logo, tais programas de integridade implementam mecanismos indutores ao *comply*. Não se trata de uma ferramenta para fiscalização, porque sua principal função serve à *prevenção*. Com estes mecanismos, facilita-se o controle e procura-se evitar e detectar eventuais desvios que ocorram ou possam vir a ocorrer. Esse aparato se tornou uma ferramenta essencial no mercado corporativo, especialmente para aquelas pessoas jurídicas sujeitas a controles externos e que, em sua linha usual de negócios, desempenham atividades de risco comercial, regulatório e

⁸ É este, argumentavelmente, o caso da PEC 45/2009, que acrescenta o inciso XXIII ao art. 37 da Constituição Federal, dispondo sobre as atividades do sistema de controle interno nos seguintes termos: “As atividades do sistema de controle interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a que faz referência o art. 74, essenciais ao funcionamento da administração pública, contemplarão em especial as funções de ouvidoria, controladoria, auditoria governamental e correição, e serão desempenhadas por órgãos de natureza permanente, e exercidas por servidores organizados em carreiras específicas na forma da lei”.

comportamental. Logo, os programas de *compliance* ou programas de integridade possuem dois objetivos: (a) evitar ao máximo a prática de atos corruptos no âmbito da pessoa jurídica; (b) caso ainda assim se visualize uma conduta ilícita, o programa ajudará a reduzir as penas eventualmente aplicadas (HEINEN, 2015, pp. 175-177).

Não ignorando este instituto, o artigo 7º, inciso VIII, da Lei nº 12.846/2013, percebeu que poderia ofertar uma atenuante, caso as empresas detivessem mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica – estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal (artigo 7º, parágrafo único). Veja-se que a *Lei Anticorrupção* não isentou de pena as pessoas jurídicas, mas apenas diminuiu os sancionamentos. Vale notar que Nos Estados Unidos, programas deste matiz devem ser efetivos e baseados em uma estrutura mínima de premissas, que são retiradas, por exemplo, dos *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* (FCPA). Neste país não se admite programas figurativos, ou seja, meramente formais, despidos de um substrato. Claro que tais programas não devem ser onerosos e burocráticos ao ponto de prejudicar a própria atividade empresarial. O que merece ser dito é que não há uma estruturação pronta a sua implementação, sendo que a experiência internacional será de muita valia aqui. O instituto em questão tornou-se tão importante que as empresas que não o implementam perdem atratividade no mercado, dado que os investidores (*stakeholders*) contabilizam este tipo de ferramenta como uma oportunidade ou não de investimento seguro, principalmente em termos de cenário financeiro. Assim, o *compliance* tornou-se uma verdadeira exigência do mundo capitalista.

O programa de *compliance* tem por meta, então, prevenir, detectar e corrigir eventuais práticas ilícitas, contrárias também às normas internas da empresa. Além disso, fomenta uma orientação de como os colaboradores (funcionários ou terceiros) devem agir. As políticas internas, assim estabelecidas, criam uma “cultura de boas práticas”, inserindo um ideário no limiar da pessoa jurídica. Em outros países, o mencionado programa pode dar à empresa a absolvição – não é o caso da legislação brasileira. E, de quebra, fomenta uma qualidade maior na imagem da empresa perante o mercado e seus acionistas. Assim, muito embora o mercado, por si mesmo, tenha impulsionado a criação deste tipo de ferramenta de controle interno, a Lei nº 12.846/2013 não desmereceu este esforço. Tanto que considerou como sendo uma atenuante, quando da aplicação das sanções, o que remete à observação de a existência destes programas de controle e de auditoria não afasta a culpabilidade da empresa, mesmo que a referida ferramenta seja efetiva. Neste ponto, nota-se que a Lei nº 12.846/2013 se afastou da *U. K. Bribery Act* – legislação britânica que trata do tema.

Na trilha do que determinou a Lei nº 12.846/2013, a União, no seu âmbito, positivou relevante regra sobre o tema no art. 41, *caput*, do Decreto federal nº 8.420/2015. Aqui ficou definido que o programa consiste em um “[...] conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. O parágrafo único do mesmo dispositivo, ao seu turno, traz uma regra bastante interessante: impõe a constante adaptabilidade de tal instituto, frente às peculiaridades de cada pessoa jurídica e a realidade que se processa. Por exemplo: ele deve ser “[...] atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.”

Deve ser notado que várias providências de cunho estrutural merecem estar presentes, como a independência do órgão responsável pela área de *compliance*, a existência de procedimentos e fluxogramas conhecidos e previamente constituídos, a existência de canais que permitam o recebimento de denúncias. Tais denúncias devem guardar a confidencialidade, bem como permitir que o delator seja imune a retaliações. Será, ainda, fundamental a existência de mapeamento dos riscos, assim com que a alta administração da empresa se comprometa com os programas de combate à corrupção. A proeminência da governança corporativa no mercado de ações (bolsa de valores), nos Níveis I e II, é um bom exemplo de exigência do mercado para a adoção de um maior número de mecanismos de *compliance*. Complementando este dispositivo, a *Controladoria-Geral da União (CGU)* editou a Portaria CGU nº 909/2015, que estabelece critérios para a avaliação dos programas de integridade constituídos pelas empresas. Tal ato normativo estabelece, então, três critérios para compreender o referido instituto nas empresas: *tamanho, perfil de atuação e posicionamento no mercado*.

Sendo assim, a União definitivamente “tarifou” os itens a serem considerados para definir os programas de integridade no momento da dosimetria da pena, quando, então, pode-se atenuá-la. Passa-se a considerar se existe ou é aplicado um programa efetivo de *compliance* a partir da existência dos critérios listados pelo artigo 42 e da portaria mencionada. Contudo, muitos programas podem não deter todos os mecanismos mencionados, até porque se está a tratar de sociedades com perfis, portes e padrões econômicos bastante díspares. A metodologia compreendida a partir do *benchmark*, vale a pena adiantar desde logo, não deve ser estática e formal, mas dinâmica e substancial. Como será explorado mais abaixo, um ponto central dessa postura estará não apenas na identificação das melhores práticas, como se existisse uma competição entre as empresas, mas, igualmente, na busca pelas melhores análises de riscos, os quais estão presentes, em maior ou menor medida, em todos os setores econômicos. Em suma: a Administração Pública deve conhecer os riscos e deve dar a conhecer tais riscos; e, ao assim fazer, é óbvio que as empresas podem prestar relevante contribuição.

Há documentos internacionais que relacionam uma série de requisitos para se considerar inserido o instituto em foco em uma dada empresa, como o *OCDE - Guia de Boas Práticas sobre Controles Internos, Ética e Compliance*, *UNODC - Um Programa de Ética Anti-Corrupção e de Compliance para Empresas*⁹ (produzido pela *Organização das Nações Unidas - ONU*). Outro documento bastante expressivo no tema é *A Resource Guide to the FCPA U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, produzido pelo Departamento de Justiça norte-americano.¹⁰ Esse último documento é produto de um trabalho que teve por foco justamente o *benchmarking*, tanto que contou com a participação efetiva de indústrias sediadas nos Estados Unidos.

Em resumo, defende-se a necessidade de que se tenham códigos de ética interna, envolvimento da alta administração, desvinculação da área de *compliance* com a área de gestão da empresa, treinamento, auditorias e análise de riscos periódicas, meios pelos quais se possam veicular denúncias, canais de comunicação efetivos, transparências nas ações *etc.* Muitos desses itens foram levados em conta pelo art. 42, § 1º, do Decreto federal nº 8.420/2015 na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, sobretudo a se considerar o porte e especificidades da pessoa jurídica.¹¹

⁹ *An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide* (United Nations, Setembro de 2013). Disponível em: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498_Ebook.pdf.

¹⁰ E, claro, existem tantas outras referências no tema, ou seja, documentos internacionais, de outras Nações ou de *soft law* que definem os elementos que compõe um programa de *compliance*: *Asia-Pacific Economic Cooperation - AntiCorruption Code of Conduct for Business*; *International Chamber of Commerce - ICC Rules on Combating Corruption*; *Transparency International-Business Principles for Countering Bribery*; *United Nations Global Compact - The Ten Principles*; *World Bank - Integrity Compliance Guidelines*; *World Economic Forum - Partnering Against Corruption - Principles for Countering Bribery*.

¹¹ “Por outro lado, devemos destacar que a Lei nº 12.846/2013 omitiu-se em prever a possibilidade de o Poder Público impor regras de *compliance* às pessoas jurídicas, até como medidas preventivas no combate à corrupção. Enfim, não há previsão de que o Poder Público possa determinar que certas pessoas jurídicas acusadas devam deter certos mecanismos de controle dos atos que possam vir a se configurar como sendo atos de corrupção. Exemplificando: imagine que se estivesse a perpetrar determinada investigação, diante

Diante desse contexto, o conceito jurídico indeterminado constante no art. 7º, inciso VIII, da *Lei Anticorrupção* perdeu sua abstração no momento em que a Administração Pública federal passou a se autorregular.¹² Assim, a discricionariedade conferida pela norma foi bastante reduzida pelo Decreto Federal nº 8.420/2015. A desvantagem desta opção infralegal consiste na perda da flexibilidade, por conta de poder deixar de ver o mérito diante de casos individuais, a fim de graduar uma maior ou menor complexidade do programa de *compliance*. Deve-se insistir: esta opção deixa bastante prejudicado o método de trabalho que procura trazer razoabilidade à luz da experiência, muito embora seja certo que o cidadão não fica exposto e à mercê do Poder Público, especialmente quando se percebem deficiências na motivação dos atos administrativos, o que é suscita a busca por equilíbrio entre vantagens e desvantagens de cada opção (CANE, 2011, p. 141).

O certo é que um dos principais objetivos da referida legislação consiste em aumentar o nível de cumprimento voluntário das obrigações, promovendo o emprego adequado de recursos e instrumentos de controle, por meio de medidas e procedimentos que os agentes econômicos previamente se comprometam a implantar. Soa necessário, para tanto, ultrapassar a abordagem tradicional baseada apenas em modelos padronizados para toda e qualquer empresa – especialmente quando elas atuam em *market share* diferentes (OCDE, 2004, pp. 37-45). Além de técnica válida para os negócios, tal atitude revela, em seu âmago, um fundamento filosófico-científico geral (CARVALHO, 2015, p. 38) e um norte particular em matéria regulatória (ARAGÃO, 2013, pp. 28-29).

3 DA REDE DE INTEGRIDADE

Por convicção moral, por incentivos econômicos ou por puro peso regulatório, o fato é que começa a se formar – o que, por falta de um melhor nome, poder-se-ia designar – uma rede de integridade entre as empresas. Essa rede abrange uma cadeia de pessoas jurídicas, em grandes conglomerados econômicos; clientes e fornecedores de grande e pequeno porte; terceiros prestadores de serviços em geral; e funcionários. Todos esses agentes, orbitando o ecossistema das empresas, passam a se submeter ao escopo de seus esforços de aderência regulatória.

Um paralelo pode ser traçado entre esse fenômeno e um desdobramento importante na ordem global, cujos efeitos sobre a área de *compliance* mereceriam todo um estudo em separado: os movimentos de uniformização do direito privado e, como contraponto, de popularização de aplicação do direito estrangeiro por juízes locais, em determinados casos. Ao resolver disputas mediante a aproximação de ordens normativas, opera-se mentalmente de forma similar à que leva à adoção de parâmetros de condutas semelhantes por agentes distintos de uma dada cadeia econômica. Por trás dos dois fenômenos busca-se encontrar o melhor direito e criar para os respectivos agentes, inclusive para os juízes, deveres anexos àqueles que ordinariamente seriam exigidos por sua condição jurídica.¹³

de mera suspeita de ocorrência de ilícitudes. Nesta situação, poder-se-ia impor às empresas que provassem a origem de patrimônio; ou determinar o fornecimento irrestrito a dados ou a documentos de sua posse; ou que a sociedade custeasse diligências; ou que fosse franqueada uma auditoria etc. Contudo, a Lei Anticorrupção, como se disse, foi omissa neste sentido” (HEINEN, 2015, pp. 183-184).
12 Em linhas gerais, o *poder regulamentar* é aquele que é estatuído por via geral a autoridades diversas do Parlamento, concentrando, no chefe do Poder Executivo – precipuamente –, a função de tomar as medidas necessárias ao bom funcionamento da ação administrativa (CE, 7 fev. 1936, *Jamart, Gr. Ar.*). Conferir, ainda: (RIVERO, 1983, pp. 69-70), ou consultar a edição portuguesa: (RIVERO, 1981, pp. 77-78).

13 “Com efeito, a ideia de horizontalidade, inerente à rede, faz com que os diversos ordenamentos jurídicos possam ser enxergado como integrantes de uma complexa rede transnacional, exurgindo o papel dos juízes e demais profissionais do direito não apenas como aplicadores do direito do foro, mas sim como verdadeiros mediadores dessa complexidade cosmopolita.” (VALENTE DOS REIS, 2016, p. 87) Texto gentilmente cedido pelo Autor.

No plano puramente corporativo-contratual, isso se materializa na inclusão de cláusulas anticorrupção em contratos comerciais em geral, e no entrecruzamento de práticas e orientações jurídicas que as empresas vão exigindo umas das outras, como decorrência dos parâmetros adotados por elas próprias adotados. É comum, a esse respeito, no âmbito de vínculos comerciais, sobretudo aqueles relacionados a empresas multinacionais, que as empresas parceiras reciprocamente se submetam a programas de integridade umas das outras. Esse fenômeno não exatamente surpreende ao se pensar nos impactos, por vezes financeiramente severos, de diversas legislações anticorrupção sobre pessoas jurídicas envolvidas em atos ilícitos, ainda que indiretamente. Em termos normativos, de toda forma, é interessante especular sobre a extensão que essa verdadeira fonte obrigacional vai assumir no cenário jurídico, dada a proximidade muito maior que existe entre parceiros comerciais, em comparação com a distância que separa empresas e reguladores. Medidas concretas no dia-a-dia das empresas acabam surgindo dessa dinâmica, possivelmente mais impactantes na medida mesma em que não se pautam tão fortemente na desconfiança, como com frequência ocorre na relação horizontal com as autoridades. É o caso de sessões de treinamento de funcionários; do compartilhamento e observância de certa metodologia para o recrutamento de terceiros; do compartilhamento sobre informações acerca das pessoas que ocupam posições estratégicas na hierarquia *etc.*

As cláusulas anticorrupção, relevantemente, não apenas preveem a rescisão contratual, em caso de comportamento ilícito do parceiro comercial, retirando o substrato econômico direta ou indiretamente ligado à conduta, como muitas vezes é acoplada a uma cláusula de auditoria. Essa última abre à parceira comercial a possibilidade de aprofundar, ainda mais, as investigações sobre condutas passadas, especialmente para o fim de controlar os pagamentos realizados e detectar eventuais propinas pagas diretamente a agentes governamentais ou a empresas de fachada, com fins escusos. Sendo levado a cabo, em geral, por auditorias internas e externas, o mecanismo potencializa, de maneira formidável, a abrangência das investigações suscitadas por denúncias de irregularidades. Com isso alarga-se o campo de aplicação do direito imperativo que os governos editam em matéria fiscal e contábil, dentre tantos outros exemplos. Prática já corriqueira em grandes empresas no Brasil, essa solidariedade normativa que vai se criando no setor privado, se não perde de vista os objetivos públicos contemplados em diplomas regulatórios dos mais variados escopos, em sede governamental, também tem merecido atenção de entidades produtoras de *soft law*: basta ver, a esse respeito, as diferentes estratégias contratuais e normativas sugeridas pela Câmara Internacional de Comércio para enfrentar o problema (ICC, 2012, p. 30).

Logo, verifica-se que o combate à corrupção tem se valido da sede típica da autonomia da vontade privada para irradiar efeitos entre as partes e terceiros, em momentos anteriores e posteriores ao contrato. Uma forma inteligente de atestar a efetividade de iniciativas a esse respeito, aliás, está em rastrear, em investigações, os casos em que a empresa deixou de estabelecer ou cessou uma parceria comercial por identificar riscos elevados em um procedimento de *due diligence* com terceiros. Mais que chamarem a atenção das autoridades para a caracterização desse risco em outras empresas, dados dessa natureza servem para comprovar como o risco é tratado pela própria empresa investigada. Com isso se pode retratar bem a dimensão da seriedade do programa, até porque podem existir situações excepcionais em que a empresa necessita manter uma relação comercial com terceiro de alto risco: a excepcionalidade, aí, será justificada, naturalmente, com a demonstração de que medidas de remediação foram tomadas.

Acordos de vontade dessa natureza, aliás, podem e soem incluir o próprio poder público, em seus contratos.¹⁴ Depois de introduzida em muitos contratos por força da aplicação de diretrizes do Banco Mundial em casos de financiamentos internacionais – fenômeno que, por si só, retrata uma vertente direta da governança global, permeando o direito interno – a utilização da cláusula tem sido positivada por entes relevantes no cenário nacional e já pode ser divisada como uma tendência.¹⁵

Semelhante movimento de atuação no âmbito desta rede denota uma inspiração de correção entre as empresas que poderia preocupar, se acaso fosse fugaz. A doutrina, todavia, tem demonstrado uma vocação de perenidade em tal postura, justamente porque, para além de um incentivo moral, ao promoverem iniciativas de *compliance* as empresas também atendem a uma demanda econômica por eficiência. Robert C. Bird e Stephen Kim Park, professores na Universidade de Connecticut, nos Estados Unidos, sustentaram em trabalho recente como o *compliance* corporativo pode se tornar uma vantagem competitiva para as empresas (2017, p. 1). Os achados contidos nesse estudo assentam-se na premissa de que a aderência regulatória não é um ato binário, de caráter “tudo ou nada”, mas, sim, um mecanismo dinâmico e responsivo a opções constantes das empresas. Justamente por isso, apontam os acadêmicos, é possível a construção de um modelo explicativo para o comportamento das empresas e para o dimensionamento dos patamares de risco e de retorno que as mesmas devem buscar atender. Nessa equação podem entrar “penalidades formais, impactos reputacionais nos consumidores, custos em relação ao moral da organização, relacionamento com os reguladores e percepção da sociedade” (2017, p. 14).

No âmbito desta rede de *compliance*, as empresas têm desempenhado um papel cada vez mais ousado de proteção da ordem jurídica e da lisura na gestão da coisa pública, em espaços a um só tempo óbvios, mas previamente considerados invioláveis por entes privados.

¹⁴ Ceará. EXTRATO DE ADITIVO AO CONTRATO Nº 012/CIDADES/2009 (...) VIII - OBJETO: DA CLÁUSULA ANTICORRUPÇÃO E ANTIFRAUDE: A Cláusula 1.9 do presente Contrato passará a ter a seguinte redação: 1.9. FRAUDE E CORRUPÇÃO 1.9.1 Os licitantes devem observar e o contratado deve observar e fazer observar, por seus fornecedores e subcontratados, se admitida subcontratação, o mais alto padrão de ética durante todo o processo de licitação, de contratação e de execução do objeto contratual. 1.9.1.1 Para os propósitos desta cláusula, devem ser evitadas e inibidas as seguintes práticas: (i) “prática corrupta”: oferecer, dar, receber ou solicitar, direta ou indiretamente, qualquer vantagem com o objetivo de influenciar a ação de servido público no processo de licitação ou na execução do contrato; (ii) “prática fraudulenta”: a falsificação ou omissão dos fatos, com o objetivo de influenciar o processo de licitação ou de execução do contrato; (iii) “prática conluída”: esquematizar ou estabelecer um acordo entre dois ou mais licitantes, com ou sem o conhecimento de representantes ou prepostos do órgão licitador, visando estabelecer preços em níveis artificiais e não-competitivos; (iv) “prática coercitiva”: causar dano ou ameaçar causar dano, direta ou indiretamente, às pessoas ou sua propriedade, visando influenciar sua participação em um processo licitatório ou afetar a execução do contrato. 1.9.2 Considerando os propósitos das cláusulas 1.9.1 e 1.9.1.1. deste Edital, o licitante vencedor, como condição para a contratação, deverá concordar e autorizar que, na hipótese de o contrato vir a ser financiado, em parte ou integralmente, por organismo financeiro multilateral, mediante aditamento ou reembolso, permitirá que o organismo financeiro e/ou pessoas por ele formalmente indicadas possam inspecionar o local de execução do contrato. 1.9.3 Na hipótese de financiamento, parcial ou integral, por organismo financeiro multilateral, mediante aditamento ou reembolso, considera-se também como prática atentatória ao mais alto padrão de ética: 1.9.3.1 “prática obstrutiva”: (a) destruir, falsificar, alterar ou ocultar provas em inspeções ou fazer declarações falsas aos representantes do organismo financeiro multilateral, com o objetivo de impedir materialmente a apuração de alegações de prática prevista na cláusula 3.1.1 deste Edital; (b) atos cuja intenção seja impedir materialmente o exercício do direito de o organismo financeiro multilateral promover inspeção. 1.9.4 O organismo financeiro multilateral poderá cancelar a parcela do empréstimo relativa ao contrato se, a qualquer momento, comprovar a prática corrupta, fraudulenta, conluída ou coercitiva por parte dos representantes do contratante/mutuário ou do contratado, no decorrer da licitação ou da execução do contrato, sem que o contratante/ mutuário tenha adotado as medidas necessárias e apropriadas, satisfatórias ao organismo financeiro multilateral, para a correção dos desvios. 1.9.5 O contratante, garantida a prévia defesa, aplicará as sanções administrativas pertinentes, previstas na Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, se comprovar o envolvimento de representantes da empresa ou da pessoa física contratada em práticas corruptas, fraudulentas, conluídas ou coercitivas, no decorrer da licitação ou na execução do contrato financiado por organismo financeiro multilateral, sem prejuízo das demais medidas administrativas, criminais e cíveis;

¹⁵ São Paulo. Decreto 56.633, de 23 de Novembro de 2015. “Art. 1º O artigo 3º do Decreto nº 44.279, de 24 de dezembro de 2003, passa a vigorar acrescido do § 1º-A, com a seguinte redação: “Art. 3º (...)

§ 1º-A Os contratos administrativos deverão conter a seguinte cláusula anticorrupção: ‘Para a execução deste contrato, nenhuma das partes poderá oferecer, dar ou se comprometer a dar a quem quer que seja, ou aceitar ou se comprometer a aceitar de quem quer que seja, tanto por conta própria quanto por intermédio de outrem, qualquer pagamento, doação, compensação, vantagens financeiras ou não financeiras ou benefícios de qualquer espécie que constituam prática ilegal ou de corrupção, seja de forma direta ou indireta quanto ao objeto deste contrato, ou de outra forma a ele não relacionada, devendo garantir, ainda, que seus prepostos e colaboradores ajam da mesma forma’.

Isso se verifica, por exemplo, na prática tornada comum de análise de contratos de parceiros comerciais com entidades governamentais, para verificação das respectivas margens, e para a investigação sobre eventual pagamento de propina a agentes públicos que possa estar diluído na remuneração da empresa. Esta forma de controle reverso da principiologia das licitações públicas – em que a análise do preço adequado é feita desde fora – não tem a força de anular, por si só, atos administrativos considerados ilícitos. Ela exerce, todavia, uma pressão significativa para que contratos públicos, em geral, sejam regulares, dando às empresas condições de atuarem relevantemente como denunciadores de ilicitudes detectadas. Mais até: ela ajuda a retirar oportunidades de negócios de empresas envolvidas em contratos suspeitos, desempenhando um papel que a ordem estatal tem dificuldades de se desincumbir, seja pela percepção viciada sobre o que constitui um contrato suspeito, seja porque o art. 19 da Lei Anticorrupção pressupõe um procedimento judicial um tanto burocrático.

No modelo de rede de *compliance* aqui proposto, opera-se uma espécie de dilema do prisioneiro inverso: aqui as partes não competem por ganho econômico direto, mas por uma expansão de práticas íntegras, sobretudo de natureza preventiva. O modelo regulatório será tão mais eficiente quanto maiores incentivos as empresas tiverem para se engajarem nessa rede; e o que se pode dizer é que, por conta da responsabilização objetiva prevista na Lei Anticorrupção, os primeiros resultados do incremento dessa forma de fazer negócios – a forma que vela para que os parceiros comerciais também façam a coisa certa – está ganhando corpo no país.¹⁶

Apenas um estudo empírico demonstraria se os custos das empresas, para atuarem em rede, são aumentados ou diminuídos. Pode-se especular que, no longo prazo, eles podem ser diminuídos pelo fenômeno da *uberização* do *compliance* – a adoção em larga escala de práticas de compartilhamento econômico, o que poderia ter um efeito direto na redução de custos, por padronização de técnicas e ferramentas de identificação e tratamento de situações de risco. A tendência seria no sentido de que essa forma de atuar implicaria, igualmente, a redução do próprio objeto a ser controlado, isto é, a diminuição de atos ilícitos, em geral. Ainda que significativa, a necessidade de investimento para iniciar e executar diversas tarefas, como, por exemplo, o registro independente de fornecedores, a contratação de auditorias externas *etc*, poderia ser compensada por essa dupla ordem de ganhos mencionada, o que revela o interesse da construção de um modelo teórico.

4 DESAFIOS INTERPRETATIVOS NO BRASIL

Enquadrado o tema no marco da governança global e no da rede de *compliance* que vai se formando no setor privado, é interessante cotejar a visão flexível que decorre desses vetores com os postulados mais tradicionais que caracterizam, ainda em grande medida, o direito público brasileiro. O enfrentamento teórico do assunto não poderia ser feito sem a advertência de que alguns avanços práticos já têm sido observados no país. É o caso, por exemplo, do Pró-Ética, capitaneado pela Controladoria-Geral da União.

O Pró-Ética resulta da conjugação de esforços entre os setores público e privado para promover no país um ambiente corporativo mais íntegro, ético e transparente. A iniciativa consiste em fomentar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas que, independente do porte

¹⁶ No meio acadêmico, vale observar, o otimismo sobre o tema não é generalizado. Ainda em 2003, por exemplo, Cristine Parker apresentou críticas sobre como a análise de programas de *compliance*, feita por empresas terceirizadas de auditoria, retirava da arena pública boa parte da discussão sobre a aderência regulatória (PARKER, 2003, pp. 221-244).

e do ramo de atuação, mostram-se verdadeiramente comprometidas com a prevenção e o combate à corrupção e outros tipos de fraudes.

A cada ano será realizado um evento para anúncio da lista anual e entrega da marca Prática Ética para as empresas. Também serão valorizadas e divulgadas as melhores práticas de integridade apresentadas no ano, para ampliar a publicidade em torno das empresas habilitadas.¹⁷

A descrição da iniciativa revela que, se não a análise comparativa dos programas para fins de multas, pelo menos o compêndio de programas, para fins de reconhecimento público e estatal, já está sendo feito no país, pelo governo central. Associada a tal fórmula, é de todo viável e desejável que a Administração elabore e divulgue documentos de diretrizes que guiem, em caráter de *soft law*, a tomada de decisões sobre programas de *compliance* no Brasil. É o que tem feito, por exemplo, o CADE,¹⁸ em uma iniciativa que só pode se enriquecer se a entidade proceder, na maior medida possível, à análise comparativa de diversos programas. Isso pode ocorrer mediante a criação de um banco de dados, em termos práticos, e, sob uma visão mais normativa, de pareceres normativos que reflitam, ao menos indiretamente, os riscos identificados pelo próprio poder público, nas respectivas áreas de atuação; e que possam ser conhecidos pelas empresas que desejarem instaurar as melhores práticas em seus programas.

Os principais princípios constitucionais de baliza da atuação do poder público brasileiro, contudo, representam certo obstáculo nessa empreitada, para não falar de outras circunstâncias, igualmente difíceis de equacionar, que precisarão ser discutidas em outro trabalho, como é o caso da dispersão estrutural ocasionada pela divisão de competências na Federação. Como exercício reflexivo-argumentativo, seja dado passá-los em revista.

Princípio da Legalidade. Diversos comandos normativos já existem determinando o agir da Administração, deles se tirando uma noção geral de que à Administração é dado fazer somente o que está expressamente determinado em Lei. Mantida tal premissa, é inegável que o dever de avaliar o programa de integridade está na lei. Por sua vez, é também um comando normativo o de que a Administração deve sopesar diversos critérios, reconhecendo que a estrutura essencial do programa, nos termos do art. 41 do Decreto 8.420, de 18 de março de 2015, pressupõe um “conjunto de mecanismos e procedimentos internos”, arquitetados não para satisfazer uma mera solenidade formal, mas para “detectar e sanar” acontecimentos reprováveis à luz da ordem jurídica.

Pois bem. Se o direito positivo brasileiro já contempla, no art. 41, parágrafo único, do Decreto, uma norma obrigando a que o programa de integridade se volte para “os riscos atuais da empresa”, mas com olhos para o seu “constante aprimoramento e adaptação”, parece lógico se concluir que, tanto na construção do que sejam os riscos inerentes à empresa, como na adoção das medidas cabíveis para a prevenção e o combate aos ilícitos associados a tais risco, é dever legal da Administração o conhecimento teórico e prático das questões relacionadas à empresa especificamente investigada, mas também daquelas que se igualam e desiguam a ela.

O legislador claramente quis determinar que as circunstâncias da empresa são relevantes para a determinação da adequação do seu programa. Entende-se que, nesse particular, ao dever explícito da empresa e da Administração de conhecerem os riscos e a adequação daquilo que foi feito para remediá-los, corresponde um dever implícito de alargar,

¹⁷ Brasil. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso: 01 Jun. 2016.

¹⁸ Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Programas de Compliance. Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção de programas de *compliance* concorrencial. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf. Acesso em: 16 Jun. 2016.

tanto quanto possível, o conhecimento sobre questões afetas que estejam em operação de outras empresas – sobretudo as boas práticas por elas adotadas na identificação dos riscos e na elaboração dos instrumentos de *compliance*. Não se desconhece que uma proposição é a de que o porte e as especificidades da empresa, listadas nos incisos do art. 42, do Decreto, são relevantes no procedimento de “avaliação dos parâmetros”; e que situação diversa é a de que a administração estaria autorizada, ou mesmo obrigada, a analisar os programas de integridade de outras empresas, de mesmo porte e especificidades, e cotejando-o com o programa de uma determinada empresa, considerar que esse deixou a desejar e foi, portanto, insatisfatório. Tal operação seria apenas natural, se prestigiada a finalidade pública maior de que o combate à corrupção deve ser intransigente, mas também perspicaz. Mas, a se levarem em condições outros princípios da Administração, algumas ressalvas podem ser colocadas.

*Princípio da moralidade.*¹⁹ Iniciativas de promoção da integridade podem facilmente ser alinhadas à observância do princípio da moralidade, se pensadas apenas desde um ponto de vista abstrato. Pormenorizando tais iniciativas é que se pode fazer um teste de interesse prático quanto ao atendimento dos comandos positivos e negativos que podem ser extraídos do princípio da moralidade; e, sem dúvida, esse teste coloca algumas dificuldades, quando se pensa na proposta de tornar mais corriqueira a análise comparativa dos programas de *compliance*. Então, compreende-se como fundamental que o setor público encarte a “ética da sustentabilidade” a compor um controle em rede, imiscuindo moral e direito, bem como agentes públicos e privados. Deixa-se de lado o culto à personalidade, ao pessoal, muitas vezes visto na publicidade estatal. Esse tipo de ética de combate à corrupção deve ser feito de forma sistêmica, até porque há uma correlação entre a boa governança e baixa corrupção,²⁰ e um interesse simultaneamente público e privado em seu alcance.

Princípio da impessoalidade. Vista sob o ângulo da impessoalidade, qualquer aplicação da lei deveria ser feita sem considerar o indivíduo ou a empresa destinatária, mas, sim, o *status* jurídico ostentado por eles, em tese replicável para qualquer outro que se encontre em situação semelhante. Semelhante garantia serve de proteção à boa-fé, não só sob a ótica daqueles que transgrediram preceitos obrigatórios e encontraram o beneplácito da Administração por vínculos pessoais, mas sob a ótica daqueles que, de fato, cumpriram os comandos pertinentes; e que se veem perseguidos pelos ocupantes de posições dentro da Administração por motivos espúrios, ligados à pessoa, e não ao seu *status* jurídico. Daí a importância de a Administração objetivar, na medida do possível, as lições aprendidas pela metodologia do *benchmarking*, construindo as bases para que a análise dos programas de *compliance*, ao tempo em que leve em consideração as peculiaridades de cada empresa, possa ir, aos poucos, incorporando as boas práticas que apenas algumas delas venham a adotar espontaneamente.

Um exemplo embrionário é o do funcionamento do Pró-Ética.²¹ Dotado de um Comitê Gestor formado por representantes da CGU, do Instituto Ethos e de entidades e instituições

19 Coube a Maurice Hauriou (1921) o tratamento pioneiro da matéria. Ao analisar o caso Gommel, julgado pelo Conselho de Estado francês, acaba concluindo que a moralidade é um instituto apartado da legalidade. Apesar disso, o autor francês, nas primeiras edições de seu livro, não trouxe um conceito de moralidade administrativa, porque apenas abordou o tema sem preencher o conteúdo do instituto em pauta. Em resumo, entendia que, tanto o recurso por *détournement de pouvoir*, como aquele que visava a corrigir a *violation de la loi* tinham por meta a manutenção de uma ação administrativa regular. Mas, para o autor, ambas as impugnações tinham bases dogmáticas diversas. Não se tarda para perceber que o pensamento de Maurice Hauriou era, na verdade, circular. Marcel Waline (1963, p. 489), ainda no começo do século XX, criticou com muita propriedade a tese exposta pelo primeiro autor, afirmando que a disciplina da ética pública advém de uma disciplina inserida no interior da Administração Pública. Ela advém de violações às premissas regulamentares, o que, de certo, viola a própria legalidade. Aliás, para este doutrinador, o desvio de poder busca fundamento no espírito da lei. Violar este padrão seria violar a própria lei. Então, afirma que o conceito de Hauriou não conseguiu distanciar-se de uma “ética da legalidade” que, no final, era a *própria legalidade em si*. Notou, enfim, que o desvio de poder é uma variação da ilegalidade. Então, entende-se que a tese exposta por Hauriou aproxima amiúde os conceitos de finalidade e de moralidade, tornando-os quase que sinônimos, uma vez que esta é quase que um resumo das finalidades perseguidas pelo Poder Público. A moralidade, então, não passaria do espectro teleológico que compõe os entes públicos.

20 Por exemplo: o direito sueco não faz mais diferença entre a corrupção pública e privada desde 1970.

21 O regulamento do Pró-Ética encontra-se disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/arquivos/documentos-e-manuais/novo-regulamento-empresa-pro-etica>. Acesso: 27 Jun. 2016.

convidadas dos setores público e privado, o Pró-Ética traz alguns requisitos documentais objetivos de admissibilidade;²² e visa a identificar aspectos específicos do funcionamento do programa, abarcando o comprometimento da alta direção e compromisso com a ética; as políticas e procedimentos internos; a comunicação e os treinamentos; os canais de denúncias e remediação; a análise de risco e monitoramento; a transparência e responsabilidade no financiamento político e social.²³ Em caráter voluntário e desvinculado de qualquer procedimento sancionador, a Administração examina alguns aspectos do programa. A situação fática, em verdade, é a de que vários programas são avaliados e, inevitavelmente, aspectos positivos e negativos detectados podem ser cotejados pela Administração. Com base em tais elementos tornam-se públicas, anualmente, “as melhores práticas de integridade (...) com o objetivo de reconhecer, destacar e divulgar as empresas responsáveis por aquelas práticas e incentivar a adoção dessas boas práticas por outras empresas”.²⁴

É interessante destacar, retomando a ideia de como tal iniciativa representa, em certa medida, a superação do princípio da impessoalidade, que o critério utilizado para identificar tais práticas abarca a *inovação* e a *consistência* da medida de integridade.²⁵ De fato, apenas com essa perspectiva comparativa se poderia mesmo conceber quais medidas possuem caráter inovador; e somente com esse sopesamento, a consistência da medida poderia ser examinada, em sua potencial aplicabilidade para outras empresas.

Princípio da publicidade. São várias as condicionantes impostas por esse princípio a qualquer agir da Administração. Ao contrário de um procedimento administrativo de responsabilização, em que apenas o programa da empresa investigada será analisado – e em que o princípio irá impor à Administração unicamente o dever de tornar público alguns elementos do procedimento –, uma versão alargada do escopo de análise dos programas deve ser cuidadosamente examinada, no que afetado pela publicidade. Seriam diversas as razões para se dar amplo conhecimento a quaisquer atos administrativos praticados em matéria de *compliance*, mas o fato é que, muitas vezes, questões ligadas ao sigilo das informações das empresas reclamariam certas limitações. O princípio da publicidade, ao pressupor uma quase automática divulgação de informações por parte do poder público, operaria como um desincentivo a que algumas empresas compartilhassem suas boas práticas; e, ao mesmo tempo, agiria como um dos maiores catalizadores dos efeitos positivos do *benchmarking* aqui proposto, a saber, a circulação mesma das boas práticas. O já exposto modelo da rede de integridade, em alguma medida, poderia atenuar os aspectos negativos desses efeitos, mas o certo é que o princípio da publicidade, por si só, é problemático o suficiente para merecer estudos em separado.

Admitida a possibilidade de utilização da metodologia aqui proposta, naturalmente põe-se a pergunta sobre quais critérios vão ser usados para se definirem os casos em que o exame múltiplo será feito. Como definir as empresas? Uma vez que o programa tenha sido analisado, também seria afeta à publicidade a eventual divulgação do risco que afeta a(s)

22 Art. 8º A Secretaria-Executiva do Comitê Gestor apenas analisará as informações e os documentos encaminhados pelas empresas que cumprirem os seguintes requisitos no ato da inscrição: I – não constar do Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, do Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP ou do Cadastro de Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos Impedidas - CEPIM; II – preencher o campo de resposta de todas as perguntas do questionário de avaliação e apresentar documentos comprobatórios; III – possuir Código de Ética ou documento equivalente; IV – submeter o questionário de avaliação no prazo estipulado; V – apresentar as certidões que comprovem a regularidade fiscal no âmbito federal e trabalhista, quais sejam: a) Certidão de Regularidade Fiscal emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN); b) Certificado de Regularidade do FGTS- CRF; e c) Certidão de Débitos Trabalhistas, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. VI – comprovar ser signatária do Pacto Empresarial pela Integridade e contra a Corrupção, promovido pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, a Patri Relações Governamentais & Políticas Públicas, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC) e o Comitê Brasileiro do Pacto Global.

23 Art. 9º do Regulamento.

24 Art. 16 do Regulamento.

25 Art. 16, parágrafo 2º, do Regulamento.

empresa(s) paradigma(s); e, com muito mais razão, a divulgação das opções comerciais que as tal(is) empresa(s) tenha(m) feito para lidar com ditos riscos?

Pode-se novamente olhar para o Pró-Ética como uma iniciativa relevante no assunto. Se o lado negativo da corrupção pode ter uma publicidade forçada, com a inserção de empresas em cadastros públicos de idoneidade, o lado positivo permanece dotado de um caráter voluntário: apenas as empresas que quiseram participar do Pró-Ética teriam os seus dados analisados para a elaboração da “lista de honra”. A contrapartida disso, mais do que levar ao conhecimento do poder público os dados formais do programa, envolveria também descrever – se bem que, com alguma dose de discrição – a substância do programa, isto é, o conjunto de boas práticas. Dar-se-ia, aqui, um movimento pendular de observância e de distanciamento da publicidade, conforme a empresa expressamente autorizasse, ou não, o detalhamento e divulgação de suas ações específicas em matéria de *compliance*. Contudo, formado um arcabouço de informações, com os dados e fatos levados a conhecimento do poder público por empresas identificadas e identificáveis, a Administração poderia extrair os mais relevantes aspectos conceituais e passar a lhes dar uma destinação pública, ainda que os respectivos nomes das empresas fossem omitidos. Uma forma de viabilizar semelhante estrutura, por exemplo, seria a manutenção de acesso restrito a determinados bancos de dados internos, acompanhada, porém, da elaboração e divulgação de diretrizes e comentários a casos concretos sem referência nominal às respectivas empresas.

Princípio da eficiência. Do ponto de vista da eficiência, talvez não se poderia imaginar que seja exatamente eficiente a análise prévia de mais de um programa de integridade, para o fim de mais adequadamente avaliar um único programa que esteja em questão. Não haveria, aí, eficiência, em todo caso, se se considerar que o mesmo resultado (avaliação do programa da empresa X) poderia ser alcançando com menor esforço (uma vez que não haveria também a avaliação dos programas das empresas Y e Z, atuantes no mesmo setor que X). Essa linha de raciocínio não responde, porém, à proposta mais ampla que aqui tem sido defendida, e que se reflete, por exemplo, na estrutura montada para o funcionamento do Pró-Ética. No mais, mesmo que se reduzisse o *benchmarking* a casos individuais, sem jamais cogitar de um corpo administrativo todo ele voltado para uma análise em bloco dos programas de *compliance*, a questão, do ponto de vista da eficiência, seria saber se uma avaliação feita nessas condições (com menor esforço) teria a mesma qualidade; e se, progressivamente, a análise de diversos programas não poderia ir se incorporando ao acervo de conhecimento adquirido da Administração, de forma organizada, a ponto de configurar um verdadeiro sistema de análise comparado.

Existem elementos empíricos nessa investigação que não podem ser investigados abstratamente. Os recursos materiais e humanos à disposição da Administração para implementar tal análise, seja ela comparativa ou individual, evidentemente influenciam a qualidade do serviço e podem justificar a escolha de formas de trabalho que se valham, ou não, do *benchmarking*. Em se tratando de um fenômeno recente no ordenamento brasileiro, a visão comparatista poderia render frutos, no longo prazo, mesmo que a estrutura administrativa ainda não permita a sua imediata e larga utilização. Se se construir a memória técnica sobre o tema de maneira arraigada à metodologia do *benchmarking*, o futuro que se desenhará a partir de então contará com um conjunto mais qualificado de informações, o que se coaduna com diversos outros postulados modernos do direito administrativo, como a análise de impacto regulatório.

No entanto, parece haver claras margens no ordenamento jurídico para se aumentar a exposição da Administração aos programas de *compliance* das empresas, mesmo que fora do ambiente de um procedimento administrativo de responsabilização, voltado para a

apuração de uma ilicitude concreta, ou de uma iniciativa como o Pró-Ética. Com maior ou menor necessidade de edição de novos instrumentos legais, pode-se pensar na inserção da existência de um programa de *compliance* de qualidade como critério de pontuação em licitações públicas; como requisito para a obtenção de benefícios fiscais, regimes tributários especiais ou financiamentos públicos; como parte da demonstração de habilitação técnica em licenciamentos ambientais *etc.* A lista seria extensa e, em verdade, poderia colocar em um novo patamar boa parte das relações jurídicas travadas com a Administração, sem que necessariamente se criassem novos encargos para empresas e exigindo da Administração, mais do que qualquer outra coisa, somente uma mudança de cultura.

CONCLUSÕES

O combate à corrupção deve ser implementado a partir de um ofício criativo. Assim o impõe a natureza mesma das práticas que se quer evitar com a montagem de programas de integridade: feitas às escuras, encobertas, com propósitos distintos daqueles que são divulgados, e valendo-se da probabilidade de que aqueles que eventualmente descobrirem o malfeito terão uma visão apenas parcial do esquema. Vale lembrar, aqui, o *insight* do Padre Brown, famoso personagem das histórias de detetive do escritor inglês, Gilbert Keith Chesterton, e transcrito na epígrafe deste escrito. Naquela passagem, o Padre Brown elucida como foi possível deduzir os passos de um criminoso ao literalmente *ouvir...* os passos do criminoso. (CHESTERTON, 2005, p. 86). Os programas de integridade têm esse quê de busca por pistas indiretas e por vezes inusitadamente diretas. Isso decerto influencia a própria lógica com a qual a Administração irá avaliar tais programas – uma tarefa fadada ao insucesso se feita com amarras a formalidades burocráticas e acometida por um estrabismo que superdimensiona o que está nos autos apenas para ignorar o que está ao seu redor. De modo que o presente estudo procurou testar essas premissas especificamente quanto à análise de programas de integridade, segundo os parâmetros do art. 42 do Decreto 8.020/15, com a incorporação de um exame sobre as melhores práticas adotadas por outras empresas.

O marco teórico da governança global, que, no fundo, traduz-se como um esforço contra as variadas formas de corrupção e imposturas regulatórias, dá fundamento à proposta aqui defendida. A governança global pode ser entendida como um conjunto de práticas e orientações jurídicas diretamente afetando empresas e governos de todo o mundo na busca pela construção de uma ordem normativa adequada: uma ordem criativa, fluida, colaborativa e persuasiva. Os programas de *compliance*, pela posição independente que devem desempenhar no funcionamento das empresas, podem ser modelados a tal finalidade; eles cumprem o papel de instrumentalizar a governança, potencializando os efeitos da regulação estatal e de outras fontes jurídicas que cada vez mais ganham espaço como mecanismos para promover o jeito certo de se fazer negócios.

A observação sobre o alcance de tais programas permite entrever a formação de uma rede de *compliance*: uma série de práticas e iniciativas adotadas pelas empresas como subprodutos da regulação em geral, mas que se materializam em caráter mais ou menos espontâneo, de interferência negocial preventiva em relação a outras empresas percebidas como apresentando riscos de corrupção ou de descumprimento de comandos regulatórios. Essa engenhosa rede de *compliance* é uma das bases de sustentação para uma postura dir-se-ia mais vanguardista também por parte da Administração Pública: uma postura de encarar a regulação como um mecanismo dinâmico e constantemente responsivo a opções das empresas, e, portanto, uma postura de encarar os programas de *compliance* como algo que pode ser aprimorado com base

em experiências positivas e negativas que as próprias empresas tenham vivenciado no dia-a-dia de seus negócios.

No Brasil, tal vanguardismo pode superar as limitações que, em uma primeira análise, poderia se imaginar como sendo impostas à Administração Pública pelos tradicionais princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência. Para se chegar ao resultado aqui defendido, esses princípios, na verdade, precisam ser apenas bem compreendidos. Quando busca conhecer, nos programas de *compliance* de mais de uma empresa, quais são as melhores técnicas e práticas na identificação e tratamento dos riscos de corrupção ou de descumprimento regulatório, a Administração Pública, naturalmente, está prestigiando os princípios constitucionais desde um nível amplo – desde o nível pelo qual as regras jurídicas devem ser cumpridas, da melhor maneira possível, por todos indivíduos e empresas; e devem se fazer cumprir, da melhor maneira possível, pelas autoridades reguladoras, especialmente aquelas encarregadas de fiscalizar os mecanismos de *compliance*.

Isso não significa que a metodologia do *benchmarking* para a análise comparativa de programas de *compliance* esteja imune a problemas. Quase um mandamento de gestão no setor privado, o *benchmarking* se conciliaria mesmo com os princípios constitucionais de balizamento da Administração? A dedução é tormentosa. Aplicar a lei de maneira igual a todos significa, mesmo quando se estabelecem critérios distintivos para indivíduos em situações desiguais, encontrar na própria lei os postulados que devem ser seguidos por aqueles que se encontrarem em situações fáticas ou jurídicas semelhantes. Daí que não seria válido percorrer o caminho inverso, para, antes de aplicar o postulado normativo, determinando o seu significado, examinar a situação geral dos destinatários, verificar em qual medida eles estão adaptados ao comando normativo e, mais até, escolher qual deles melhor atendeu ao preceito para então impor aos demais uma conduta igualmente exemplar, exigindo mais de que já simplesmente houvera cumprido os parâmetros da lei, ou exigindo menos, simplesmente porque a coletividade relevante não está conseguindo mesmo alcançar o parâmetro desejado pelo legislador. Essa flexibilidade seria estranha ao direito público, mas, em muitas ocasiões, é exatamente a partir dessa conduta de espontânea colaboração que muitos programas de integridade surgiram e estão surgindo nas empresas brasileiras. Para uma Administração que por anos ignorou por completo essa questão, existem bases teóricas, pois, para se aproveitar das lições positivas e negativas assim aprendidas, desenhando, no futuro, um regime regulatório que expressamente contemple a distinção da qualidade dos programas de *compliance* como um dado objetivo a ser levado em consideração em diversos tópicos do direito administrativo, como, por exemplo, os contratos administrativos.

Assim, para que se estabeleça uma “governança multilateral” em termos de programas de integridade, faz-se necessário um aprofundamento dos mecanismos legais, institucionais e culturais existentes, consistentes nas ações na área das questões corporativas. A ampliação da interface da *compliance*, neste aspecto, além de uma “pequena política”, representada pelos assuntos econômicos e sociais, inclui uma “alta política”, representada pelas questões de segurança, diplomacia preventiva e negociações *etc.*

De outro lado, em termos de Estado, considera-se fundamental que se compreenda o modelo atual de gestão pública, aludindo a problemas reais e preocupantes, a partir de metas de qualificação da gestão. Pensar o Estado diante da complexidade social sugere a necessidade de desenvolvimento de ferramentas sustentáveis e de uma nova forma de gestão dos interesses públicos, especialmente quando relacionados aos negócios jurídicos das empresas que movimentam a economia.

REFERÊNCIAS

- AMBROSE, Jim; BURKE, Laurel; HORWATH; PENN, Doug; WOODS, Monica. **Compliance Program Standardization: Myth or Reality?** Preventive Law Reporter, Vol. 14, 1995, pp. 8-45.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BATISTA, Antenor. **Corrupção: Fator de Progresso?** 5ª ed. São Paulo: Letras & Letras, 1991.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BRONSON, Mark; JOHNSON, Michelle; SULLIVAN, Kate. **International Transfer Pricing. Law, Tax Planning and Compliance Strategies. Chapter 1: Overview/Best Practices**. In: *Transfer Pricing Insights. A Collection of Technical Articles by Ceteris Professionals*. Vol. 2. 2011.
- CCI – Câmara de Comércio Internacional. **Cláusula Anticorrupção da CCI**. 2012. Disponível em: http://www.cgov.pt/images/stories/ficheiros/clausula_anticorruptao_da_icc.pdf. Acesso em: p. 30 Mai. 2016. p. 6.
- CANE, Peter. **Administrative law**. Londres: Oxford University Press, 2011.
- CARVALHO, Olavo de. O poder de conhecer. In: **O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota**. 15ª ed. Record: Rio de Janeiro, 2015.
- CHESTERTON, Gilbert Keith. **The Queer Feet**. In: *G.K Chesterton Collected Works. Vol. XII. Father Brown Stories. Part I*. San Francisco: Ignatius, 2005
- DOWNS, George W.; JONES, Michael A. **Reputation, Compliance, and International Law**. The Journal of Legal Studies, Vol. 31, 2002, pp. 95-114.
- FAORO, Raymundo. **Donos do Poder**. 10 ed. São Paulo: Globo, 2000.
- FERNANDES DIAS, Bruno. **Submissão de Documentos e Informações a Autoridades Estrangeiras: o Regime Jurídico do Art. 188 da CRFB/88 e as Leis de Bloqueio**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. v. 10, n.1, 2015, pp. 322-367. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/53853/34754>. Acesso: 12 Jun. 2016.
- FREMOND, Olivier; CAPAUL, Miarta. **The State of Corporate Governance: Experience from Contry Assessments**. *World Bank Policy Research Working Paper 2858. June 2002*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=636222. Acesso em: 12 Jun. 2016.
- FURTADO, Lucas Rocha. **As Raízes da Corrupção no Brasil. Estudos de Casos e Lições para o Futuro**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2015.

GRIFFITH, Sean J. *Corporate Governance in an Era of Compliance*. William & Mary Law Review, Vol. 57, No. 6, 2016. Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 2766661. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2766661. Acesso: 13 Jun. 2016. pp. 2118-2119.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Sirey, 1921.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CLÁUSULA Anticorrupção da ICC. *International Chamber of Commerce*. Disponível em: http://www.cgov.pt/images/stories/ficheiros/clausula_anticorruptcao_da_icc.pdf. Acesso em: p. 30 Mai. 2016. p. 6.

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Compliance Risk Management: Managing and Improving Tax Compliance*, pp. 37-45. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/21/55/37212610.pdf>. Acesso em: 01 Jul. 2016.

PARKER, Christine. *Regulator-Required Corporate Compliance Program Audits*. Law & Policy. Vol. 25, 2003, pp. 221-244.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981

_____. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1983.

VALENTE DOS REIS, Gabriel. *Aplicação do Direito Estrangeiro sob a Ótica Cosmopolita*. Tese de Doutorado apresentada, em 2016, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco).

WALINE, Marcel. *Droit administratif*. Paris: Sirey, 1963,

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

NOVOS DEBATES SOBRE AS MIGRAÇÕES
CLIMÁTICAS E SUA REGULAÇÃO INTERNACIONAL

ERNANI CONTIPELLI
DANIEL FRANCISCO NAGAO MENEZES
THAÍS GIORDANI

VOLUME 11 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2020

NOVOS DEBATES SOBRE AS MIGRAÇÕES CLIMÁTICAS E SUA REGULAÇÃO INTERNACIONAL

NEW DEBATES ON CLIMATE MIGRATION AND ITS INTERNATIONAL REGULATION

Recebido: 24/08/2019
Aprovado: 10/03/2020

Ernani Contipelli¹
Daniel Francisco Nagao Menezes²
Thaís Giordani³

RESUMO:

As migrações humanas induzidas pela mudança e variabilidade climática têm aumentado exponencialmente nas últimas décadas. A pesquisa em questão possui a finalidade de arguir as divergências terminológicas acerca dos refugiados (ou deslocados) ambientais, bem como sua importância para um reconhecimento jurídico global, após, discutir o nexo de causalidade entre as referidas migrações com as mudanças climáticas, para então adentrar na discussão sobre a Legislação Ambiental Internacional acerca dos Refugiados Ambientais. Na pesquisa, chegou-se a conclusão que, tanto o Estatuto dos Refugiados (1951) e seu Protocolo (1967) permitem uma interpretação ampliativa do conceito de refugiado de maneira a contemplar o refugiado climático. A metodologia adotada para a presente pesquisa é bibliográfica, caracterizada como dedutiva, qualitativa e teórica.

Palavras-chave: Migração internacional. Refugiados (ou deslocados) Climáticos. Mudanças climáticas.

ABSTRACT:

The exponential increasing of human migration during the last decades is caused by the climate change and variability. The present research aims to discuss the terminological divergences

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (1998), especialização em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) - bolsa CNPQ e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009) - bolsa CAPES, pós-doutoramento em Direito Constitucional Comparado pela Universidad Complutense de Madrid (2011) - bolsa CAPES e pós-doutoramento em Política Comparada pela Universitat Pompeu Fabra (2012) - bolsa Generalitat de Catalunya. Atualmente, colabora como pesquisador visitante no Centro Interdepartimentale di Ricerca e di Formazione sul Diritto Pubblico Europeo e comparato (DIPEC) da Università di Siena (Itália), no Observatorio de la Evolución de las Instituciones da Universitat Pompeu Fabra (Espanha), no Instituto de Derecho Comparado da Universidad Complutense de Madrid (Espanha), no Institut de Recherche Juridique da Université Paris I Pantheon-La Sorbonne (França), no Centre de Recherches et études sur les Droits Fondamentaux (CREDOF) da Université Paris 10 Ouest Nanterre (França), no Korean Institute of Southeast Asian Studies (Coreia do Sul) e no Center for European Strategic Research (Itália). É Professor Visitante no Departamento de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Albacete da Universidad Castilla-La Mancha (Espanha), na Universidad Autónoma de Coahuila (México), na Universidad Lomas de Zamorra (Argentina), na Korea University (Coreia do Sul) e na Universidad Autónoma de Chile (Chile), Tem experiência na área de Direito Público e Política Comparada, desenvolvendo trabalhos principalmente sobre cooperação internacional e desenvolvimento, Direito Constitucional e Federalismo e, recentemente, potencias emergentes e governança global. Atualmente, é Professor do Programa de Pós-graduação Strictu Sensu em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECO). Email: ernanicontipelli@gmail.com

² Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil ambos pela PUC-Campinas, Especialização em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do CIRIEC-Brasil. Email: nagao.menezes@gmail.com

³ Mestranda em Direito - Universidade Comunitária da Região de Chapecó UNOCHAPECO, bolsista CAPES/FAPESC. Email: thaigio@unochapeco.edu.br

about the climate refugees (or climate displaced persons) as well as its relevance to the global legal recognition to this vulnerable category of persons. After the debate concerning the causality between migration and climate change, it is important to discuss the question about the international environmental legislation on climate refugees. Considering the terms of the research, the conclusion argues that the Refugee Statute (1951) and its Protocol (1967) provide an expansive interpretation of the concept of refugee in order to encompass the climate refugee. The methodology adopted for the present research is bibliographical, characterized by deductive, qualitative and theoretical instruments.

Keywords: International Migration. Climate Refugees (or Climate Displaced Person). Climate Change.

INTRODUÇÃO

Atualmente, estima-se que em 2050 haverá aproximadamente 200 milhões de pessoas que devem deixar seus habitats originais em razão do processo de degradação e consequentes desastres ambientais, especialmente como resultado da crise climática. Em 2010, já havia 80 milhões de pessoas em tais condições. O Relatório Mundial de Desastres realizado em 2012 pela Cruz Vermelha revelou que há aproximadamente 30 milhões de deslocados internos por força de fatores ambientais.

A crise climática global não pode ser considerada apenas uma questão de caráter ambiental ou econômica, mas deve ser investigado juntamente com a necessidade de proteção dos direitos das pessoas afetadas, assegurando dignidade e respeito aos indivíduos e grupos em uma posição especial de vulnerabilidade (A propensão ou predisposição para ser afetado negativamente. Vulnerabilidade incorpora uma variedade de conceitos como sensibilidade ou suscetibilidade para sofrer danos e a falta de capacidade para reagir e adaptar-se, IPCC, 2013: 28).

A própria CQNUMC, ao estabelecer o conjunto de definições para interpretação de seu conteúdo, conceitua “efeitos negativos da mudança do clima” como as mudanças no meio ambiente físico ou biota resultante da mudança do clima que tenham efeitos deletérios significativos sobre a composição, resiliência ou produtividade de ecossistemas naturais e administrados, sobre o funcionamento de sistemas socioeconômicos ou sobre a saúde e o bem-estar humanos. Essa disposição revela, ademais de uma preocupação com o processo de adaptação, uma íntima relação entre dignidade e crise climática, para assegurar o bem-estar de camadas mais vulneráveis da sociedade contra os efeitos negativos de tal fenômeno.

Recordamos que a relação entre proteção ambiental e direitos humanos faz parte do processo histórico de construção da legislação internacional ambiental, como, pro exemplo, no artigo 1º da Declaração de Estocolmo (1972) que prevê “o direito fundamental à liberdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar”, ou mesmo a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a qual, em seu princípio 1, sustenta que “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.

A presente pesquisa irá abordar aspectos relevantes acerca de um conceito terminológico adequando para as pessoas que migram em razão de fatores climáticos e sua importância, bem como a necessidade de um marco internacional para a regulamentação da situação destas pessoas.

A metodologia adotada para a presente pesquisa é bibliográfica, caracterizada como dedutiva, qualitativa e teórica.

1 PROBLEMA TERMINOLÓGICO

A terminologia relacionada com a categorização da migração ambiental⁴ e, especificamente, climática, não reflete adequadamente a complexidade da situação, gerando uma multiplicidade de termos (pessoas ambientalmente deslocadas, refugiados climáticos, migrantes climáticos, eco-migrantes, vítimas do desenvolvimento, refugiados ambientais, etc.), que conduzem a uma incompreensão prejudicial à proteção dessa categoria de pessoas.

Os documentos e estudos de referência apresentam certo vazio quanto a um enquadramento jurídico nacional ou internacional das pessoas forçadas à deslocação por motivos ambientais, remetendo esta categoria tipológica para a situação geral do refugiado. “(...) A noção de refugiado ambiental é contestada pelos autores, que se baseiam em uma definição clássica de refugiado, baseada em situações estritamente políticas e sociais” (Pentinat, 2006, p. 93, tradução nossa).

O termo refugiado não é convergente com um instrumento jurídico, seja ele de alcance global, como a Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados (1951) e seu Protocolo (1967), seja ele de alcance regional, como o Protocolo de Cartagena sobre os Refugiados Americanos (1984) (CLARO, 2012, p. 17).

Por exemplo, discute-se a hipótese de que se considerarmos o termo “refugiado” como adequado para categorização de tais pessoas, será mais difícil assimilar a extensão dos critérios que garantem o status de refugiado aos deslocados por motivos ambientais pela lei internacional de refugiados e seus mecanismos já estabelecidos e consolidados pela Convenção de Genebra (1951) e seu Protocolo (1967), especialmente, no que se refere ao elemento de “fundado receio de perseguição” e suas razões determinantes.

Deixando de lado a utilização de instrumentos tradicionais e considerando que as classificações e instituições devem seguir a dinâmica das transformações globais e não se engessarem em interpretações conservadoras, o uso do termo refugiado ambiental (mobilidade externa) e deslocado ambiental (mobilidade interna) poderia ser aceitável para definir essa nova categoria legal. Em essência, eles possuem a mesma origem e continuam esperando por um sistema de proteção efetiva a nível global.

O conceito de refugiado ambiental proposto por Essan El-Hinnawi (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, 1985) busca analisar a complexidade do fenômeno: “*aqueles que foram forçados a deixar seus habitats tradicionais, temporalmente ou permanentemente, em razão de um distúrbio ambiental (natural ou gerado por humanos) que coloca em risco e/ou afeta seriamente a qualidade de suas vidas*”.

Na mesma linha de pensamento de El-Hinnawi, Jodi L. Jacobson apresentou em 1988 uma nova definição para o termo “refugiado ambiental”, definindo-o como:

Those people temporarily displaced due to local environmental disruption, such as an avalanche or an earthquake; those who migrate because environmental degradation has undermined their livelihood or poses unacceptable risks to health; and those who

⁴ “The term “environmental refugee” was first formally used in the 1970s, and was heavily influenced by neo Malthusian assumptions that population growth would lead to migration and conflict caused by resource scarcity. Such views were not supported by evidence, and environmental pressure as a fundamental cause of migration has been generally downplayed until recently, when increased attention to the impacts of climate change has refuelled the debate.” (TACOLI, Cecília. Crisis or adaptation? Migration and climate change in a context of high mobility. In Environment & Urbanization International Institute for Environment and Development (IIED). Vol 21, n2, 2009, p. 516)

resettle because land degradation has resulted in desertification or because of other permanent changes in habitat (1988, p. 37).

Já Norman Myers e Jeniffer Kent afirmam que:

Environmental refugees are persons who can no longer gain a secure livelihood in their traditional homelands because of what are primarily environmental factors of unusual scope. These factors include drought, desertification, deforestations, soil erosion and other forms of land degradation; resource deficits such as water shortages; decline of urban habitats through massive over-loading of city systems; emergent problems such as climate change, especially global warming; and natural disasters such as cyclones, storm surges and floods, also earthquakes, with impacts aggravated by human mismanagement. There can be additional factors that exacerbate environmental problems and that often derive in part from environmental problems: population growth, widespread poverty, famine and pandemic disease. Still further factors include deficient development policies and government systems that “marginalize” people in senses economic, political, social and legal. In certain circumstances, a number of factors can serve as “immediate triggers” of migration, e.g. major industrial accidents and construction of outsize dams. Of these manifold factors, several can operate in combination, often with compounded impacts. In face of environmental problems, people concerned feel they have no alternative but to seek sustenance elsewhere, either within their countries or in other countries, and whether on a semipermanent or permanent basis (1995, p. 18).

A Organização Internacional para as Migrações (IOM) propôs a seguinte definição para migrantes ambientais: “pessoas ou grupo de pessoas que, por razões imediatas ou progressivas que alteram o meio ambiente com efeitos adversos em suas condições de vida, são obrigadas a deixar seus lares habituais, ou escolhem fazer isso, seja temporal ou permanentemente, e se deslocam dentro de seu país ou fora”.

A primeira categoria refere-se aqueles que foram deslocados temporalmente pela degradação ambiental (inundações, ciclones, terremotos), como tal caso, eles possuem a oportunidade de retornar a seus habitats originais. Essa categoria inclui migrantes afetados por um único evento (como o Furacão Katrina). Isso não quer dizer que seu status temporário é menos degradante que os demais, simplesmente significa que eles são capazes de voltar ao lugar que eles deixaram e reconstruir o que foi destruído, para manter a qualidade de vida similar ao que tinham antes do desastre natural.

A segunda categoria compreende aqueles que foram deslocados permanentemente e recolocados em uma nova área, em razão das mudanças profundas em seus habitats originais causados pela perturbação ambiental. Um exemplo ocorreu na província de Ningxia Hui em China, com a realocação pelo governo de mais de 300.000 pessoas que foram afetadas pela mudança climática, a partir da construção de 161 vilas.

Podemos mencionar ainda uma terceira categoria que consiste em indivíduos e grupos que migraram de seus habitats originais, temporalmente ou originalmente, para um novo local dentro das fronteiras nacionais ou em direção ao estrangeiro, para buscar uma melhor qualidade de vida, pois seus habitats originais eram inadequados para prover necessidades básicas causadas pela progressiva degradação dos recursos naturais.

Sobre tal assunto, a Estratégia Internacional para Redução de Desastres das Nações Unidas afirma que “a redução da capacidade do meio ambiente de encontrar objetivos e necessidades sociais e ecológicas causada pela degradação ambiental pode alterar a frequência e a intensidade de desastres naturais e aumentar a vulnerabilidade de comunidades” (2009).

Por todo arrolado e, em que pese à falta de pacificação e aceitação, em âmbito nacional e internacional, de um termo que defina os indivíduos que migram por questões climáticas

e mesmo que estes não componham uma classificação de refugiados aceita largamente em âmbito global, resta evidente que o assunto é de extrema relevância para as pautas da atualidade, sendo imprescindível a proteção para tais migrantes. As questões climáticas e todos seus reflexos representam uma questão essencial para a humanidade.

2 MIGRAÇÃO CLIMÁTICA E NEXO CAUSALIDADE

A degradação ambiental, seja causada por fenômenos naturais ou pela ação humana (antropogênica), é conhecida como um fator que contribui para o aumento da migração forçada dentro do território dos Estados ou além das fronteiras. A ideia contrária também pode ser constatada: o crescente número de pessoas afetadas por eventos extremos pode ser considerado um importante indicador da extensão e do grau de deterioração ambiental global.

O século XX foi marcado por inovações tecnológicas que assolaram a sociedade de forma expressiva, ocasionando mudanças de paradigmas, aspecto que é notável através da celeridade das informações e os novos mecanismos oferecidos pela rede mundial de computadores. “Uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação começou a remodelar a base material da sociedade em ritmo acelerado” (CASTELLS, 1999, p.39).

A primeira lei da ecologia declara que “tudo está interconectado”, isso significa que existe um vínculo essencial entre os fenômenos que afetam o ecossistema, por exemplo, o processo de deflorestação, desertificação e a mudança climática, esses fenômenos possuem como reflexo a redução da capacidade de adaptação natural dos ecossistemas e como consequência a ocorrência de mais terremotos, ciclones, inundações e etc.

Com o desenvolvimento tecnológico em escala mundial, o processo de industrialização, que teve início com a Revolução Industrial, e a globalização em curso, intensificou a pressão sobre o meio ambiente e sobre seus recursos naturais e colocou em perigo a sobrevivência do próprio homem. “Desde o final do século passado a humanidade depara-se com uma nova crise mundial agravada pelas consequências da degradação ambiental em curso” (FIDÉLIS, 2017, p. 7).

As consequências da degradação ambiental, como os graves danos econômicos, humanos e materiais, que por vezes derivam de desastres naturais, geralmente possuem impacto maior para os países menos desenvolvidos economicamente e, acima de tudo, tecnologicamente, visto que não possuem meios suficientes para detectar possíveis desastres naturais, muito menos para enfrentar suas consequências devastadoras (PENTINAT, 2006, p. 96, tradução nossa).

Esta crise sem precedentes na história, que afetou vastamente o meio ambiente, vem dando novos horizontes ao fenômeno dos deslocamentos humanos forçados em razão das alterações dos seus habitats e constitui um dos maiores desafios políticos, sociais, econômicos e jurídicos da sociedade atual (CLARO, 2012, p.11). Conforme Blank (2015, p. 167-168), um aspecto de relevante projeção é a do aumento de pessoas deslocadas por causas ambientais, produzindo uma quantidade grande de indivíduos que, repentinamente ou em face de um processo gradual de destruição do meio ambiente, serão forçados a abandonar seus lares em busca de outro lugar onde lhes seja garantidos um mínimo existencial para sobreviver.

A migração é um fenômeno bastante complexo, tendo em vista que geralmente envolve mais de um fator que condiciona o fluxo migratório individual, familiar ou grupal. Fala-se, por isso, na existência de fluxos migratórios mistos que comportam sempre mais de uma causa motivadora do movimento migratório (CLARO, 2012, p. 34).

A complexidade da interação entre causas que geram migração e questões sobre a real existência de um vínculo direto com a deterioração ambiental não devem representar

um obstáculo para encontrar soluções ao problema. Neste contexto, ingressa o debate sobre a necessidade de reconhecimento por parte da legislação internacional de indivíduos e grupos que se deslocam em razão da degradação ambiental.

É importante ressaltar que a mudança ambiental global pode afetar indivíduos e grupos dentro das nações em que ocorrem, assim como em nações vizinhas ou nações não afetadas (impactos transfronteiriços). Não há uma relação de causa e efeito entre lugares que ocorrem à transformação do meio ambiente e os locais em que a migração forçada se origina e se destina. Os efeitos globais da mudança climática confirmam essa afirmação, formando o nexo de causalidade como demonstra Cecília Taconi (2009, p. 516).

The key problem with the concept of environmental refugees is the implicit assumption that there is a direct causal link between environmental change and migration. The figure proposed is an estimate of the numbers of people at risk – that is, of the populations living in areas most likely to be affected by the negative impacts of climate change – rather than the number of people who are effectively likely to move. This oversimplified view is based on “common sense” rather than on an understanding of the complex relationship between environmental change (and perceptions of it) and human agency, which includes adaptation that reduces the need to move away from affected areas, as well as the multiple factors that affect migration decisions. It also overlooks the fact that migration requires financial resources and social support, both of which may decline with climate change, which may thus result in fewer rather than more people being able to move

Exemplo é a atual Guerra Civil na Síria, a qual tem por pano de fundo uma profunda seca ocorrida entre 2007 e 2010. Foi a pior seca dos últimos séculos, causando uma quebra generalizada das colheitas e uma migração em massa de famílias de agricultores para os centros urbanos, desestabilizando relações sociais e econômicas diante da ausência de capacidade de reação da sociedade e do Estado. As mudanças no regime de chuvas na Síria estão ligadas ao aumento da pressão média do nível do mar no leste do Mediterrâneo decorrentes de uma tendência de aquecimento a longo prazo no Mediterrâneo Oriental, acelerando a diminuição da umidade do solo. Nenhuma causa natural é aparente para essas tendências, enquanto que a seca e o aquecimento observados são vinculados ao aumento de gases de efeito estufa (KELLEYYA et al., 2015, p. 3241).

No Relatório Mapping the Effects of Climate Change on Human Migration and Displacement, produzido em 2009 pela UN Refugee Agency (UNHCR), com a colaboração de diversas entidades do Terceiro Setor, são apontados alguns pontos chave para compreensão dos fenômenos naturais como causa de migração⁵.

- Climate change is already contributing to displacement and migration. Although economic and political factors are the dominant drivers of displacement and migration today, climate change is already having a detectable effect.
- The breakdown of ecosystem-dependent livelihoods is likely to remain the premier driver of long-term migration during the next two to three decades. Climate change will exacerbate this situation unless vulnerable populations, especially the poorest, are assisted in building climate-resilient livelihoods.
- Disasters continue to be a major driver of shorter-term displacement and migration. As climate change increases the frequency and intensity of natural hazards such as cyclones, floods, and droughts, the number of temporarily displaced people will rise. This will be especially true in countries that fail to invest now in disaster risk reduction and where the official response to disasters is limited.

⁵ http://www.ciesin.columbia.edu/documents/clim-migr-report-june09_final.pdf. Acesso em 04/11/18.

- Seasonal migration already plays an important part in many families' struggle to deal with environmental change. This is likely to become even more common, as is the practice of migrating from place to place in search of ecosystems that can still support rural livelihoods.
- Glacier melt will affect major agricultural systems in Asia. As the storage capacity of glaciers declines, short-term flood risks increase. This will be followed by decreasing water flows in the medium- and long-term. Both consequences of glacier melt would threaten food production in some of the world's most densely populated regions.
- Sea level rise will worsen saline intrusions, inundation, storm surges, erosion, and other coastal hazards. The threat is particularly grave vis-à-vis island communities. There is strong evidence that the impacts of climate change will devastate subsistence and commercial agriculture on many small islands.
- In the densely populated Ganges, Mekong, and Nile River deltas, a sea level rise of 1 meter could affect 23.5 million people and reduce the land currently under intensive agriculture by at least 1.5 million hectares. A sea level rise of 2 meters would impact an additional 10.8 million people and render at least 969 thousand more hectares of agricultural land unproductive.
- Many people won't be able to flee far enough to adequately avoid the negative impacts of climate change—unless they receive support. Migration requires resources (including financial, social, and political capital) that the most vulnerable populations frequently don't have. Case studies indicate that poorer environmental migrants can find their destinations as precarious as the places they left behind.

Contudo, a identificação clara do nexo de causalidade é tarefa extremamente complexa, para não dizer prejudicada, diante da ausência de precisão terminológica, discutida no item anterior. Esta imprecisão impede, dentre outros pontos:

- a) determinação da vulnerabilidade socioambiental nas regiões mais propensas aos efeitos negativos da mudança do clima;
- b) verificação da capacidade adaptativa que a população tem de lidar com os efeitos das mudanças climáticas;
- c) averiguação da existência de políticas públicas destinadas às pessoas e aos locais mais vulneráveis no sentido de procurar diminuir essa vulnerabilidade e os fatores de risco;
- d) adaptação do contingente humano caso haja migração forçada por motivos ambientais e;
- e) estabelecimento de aparatos jurídico, político e de governança global, criando o constitucionalismo ambiental global (CONTIPELLI, 2018, p. 282).

3 MARCOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS

Os refugiados ambientais não possuem uma proteção jurídica específica na esfera internacional, na medida em que não estão inclusos entre os beneficiários da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 28 de julho de 1951, que faz menção taxativa a “fundados temores” de perseguição baseada em motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencente a determinado grupo social ou de opiniões políticas, sem qualquer referencia aos deslocamentos por influência de problemas ambientais (CONTIPELLI, 2016, p. 34).

Ainda que os princípios orientadores relativos aos Deslocados Internos constituam um importante mecanismo de estímulo a realização de políticas de proteção em nível nacional e

contribua para o desenvolvimento de esquemas relacionados com os migrantes ambientais, eles não são suficientes para assegurar os direitos desta categoria de pessoas, uma vez que possuem um problema de extensão (aplicados apenas em situações de deslocamento interno) e, além disso, necessitam de um aparato coercitivo.

No mais, a importância de um marco internacional que reconheça os refugiados climáticos vai além da proteção para os indivíduos que se encontram nessa situação, representam uma melhor compreensão dos principais aspectos da migração ambiental. “(...) são identificadas como as principais causas ambientais que originam o deslocamento forçado da população, por exemplo, a desertificação, o aumento do nível do mar e conflitos ambientais” (Pentinat, 2006, p. 95, tradução nossa).

Os debates e as iniciativas internacionais sobre o tema em questão demonstram uma demasiada preocupação com quesitos e conceitos, suas abrangências ou com a elaboração de documentos específicos. Todavia, a urgência do assunto requer que a comunidade internacional passe a enfrentar a complexidade das causas que contribuem para a degradação ambiental global e os fluxos migratórios dela decorrentes de forma efetiva. “O caráter transfronteiriço das questões ambientais exige articulações no âmbito internacional, mediante políticas de cooperação entre os países no sentido de minimizar os impactos causados pelos desastres naturais e pelas mudanças climáticas” (FIDÉLIS, 2017, p. 19).

Desde o ponto de vista do deslocamento externo, a legislação internacional dos refugiados parece também inadequada para assegurar solução compreensiva e consolidada para questão dos refugiados ambientais, pois tal sistema foi desenhado de forma restritiva e se mantém dessa forma até a atualidade, o que é insuficiente para uma proteção mínima dos direitos fundamentais dos migrantes.

Exemplo é o relatório⁶ do Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) “Tendências Globais 2011” que mostra diversas tendências preocupantes, entre elas, o fato de que o deslocamento forçado afeta grandes grupos de pessoas ao redor do mundo, em um nível superior a 42 milhões de indivíduos nos últimos cinco anos consecutivos. Outra tendência preocupante é relacionada ao fato de que os refugiados permanecem nesta situação por muitos anos, vivendo em campos de refugiados ou em condições precárias nas áreas urbanas. Do total de 10,4 milhões de refugiados sob o mandato do ACNUR, quase 75% (7,1 milhões) estão pelo menos cinco anos em exílio, aguardando uma solução para esta situação.

Especificamente no que tange a discussão da Migração Climática, o debate se coloca em 2006 após a provocação do Governo das Maldivas que apresentou uma proposta de um novo Aditivo à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) para incluir as questões ambientais que causem migrações ou deslocamentos. O primeiro ponto da proposta é a introdução de causas climáticas abrangentes para a concessão do status de refugiado, garantindo a proteção mesmo nas situações de desastres em que não há a interferência humana. Também se propôs a criação de instrumentos e adoção de ações que protejam os deslocados internos e o acesso à ajuda internacional. A essência da proposta é, portanto, a revisão dos elementos-chave da Convenção de 1951, ampliando o sentido e alcance de seus termos.

Isto cria confusão na construção de políticas e *guidelines* pelas agências internacionais (e também governos nacionais), o que acaba por tornam ineficazes quaisquer medidas adotadas, o que é comprovado por Karen Elizabeth McNamara ao pesquisar os distintos posicionamentos nas agências e programas no âmbito das Nações Unidas.

1. The dominant discourse of absolute denial of the term “environmental refugee” because of the lack of normative provisions, the restriction of UNHCR’s mandate in

6 <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/deslocamentos-forcados-em-2011-atingiram-recorde-de-800-mil-pessoas/>. Acesso em 03/11/2018.

relation to this type of refugee and the construction of the idea that displaced persons are not true refugees;

2. The lack of a clear definition due to the multiplicity of factors that interfere in the displacement process;

3. The framework of “environmental refugees” as economic migrants, but which most countries do not accept because they do not contribute to the economic life of the country, a concept that must be rethought before the issue of “environmental refugees” becomes a serious problem;

4. The repositioning of the issue of “environmental refugees” by UNHCR from the definition of the act of migrating (as a voluntary act) as a way of releasing environmental problems;

5. The shift in focus from UNEP, the first agency to express concern about the suffering and increasing numbers of “environmental refugees”, to work towards the integration of environmental and preventive dimensions in order to contain the impacts caused by flows of refugees and internally displaced persons in the environment;

6. In the case of UNFPA, the mandate restriction discourse also predominates, which would not specifically achieve this type of population movement (2007, p. 17).

Contudo, é possível constatar uma série de iniciativas direcionadas a obtenção do reconhecimento legal dos refugiados ambientais a partir de diferentes perspectivas:

1) A adoção do novo protocolo à Convenção de Genebra, proposto pelo governo de Maldivias em 2006, o qual tinha por finalidade reduzir e prevenir as perdas causadas por desastres naturais e antropogênicos, envolvendo humanos, recursos naturais em múltiplas dimensões: ambiental, econômica, social e cultural.

2) O projeto de Convenção Internacional da Condição de Pessoas Ambientalmente Deslocadas⁷, elaborado pelo CRIDEAU (Centro de Pesquisas Interdisciplinares em Direito Ambiental, Desenvolvimento e Urbanismo da Universidade de Limoges, França) em 2008, a qual representa um documento compreensivo, inovador e independente que também possui pontos de contato com os demais regimes internacionais existentes, promovendo mecanismos de proteção institucional (agência internacional para deslocados ambientais) e financeira (fundo internacional para deslocados ambientais)⁸.

3) Outra importante iniciativa que foi desenvolvida pela legislação internacional, baseada no direito humanitário e seus princípios, refere-se à Projeto de Convenção sobre a Proteção de Pessoas em caso de Catástrofes, propondo a regulação das relações entre nações afetadas e não-afetadas, especialmente, em termos de cooperação, assistência e seus limites; o dever de cooperação no caso de necessidade de assistência.

4) A Convenção de Kampala (Convenção da União Africana para Proteção e Assistência de Pessoas Deslocadas Internamente, 2009) que consiste no primeiro tratado internacional para proteção e assistência de pessoas deslocadas internamente. Essa convenção impõe às nações a obrigação de proteger e auxiliar pessoas deslocadas por desastres naturais e antropogênicos desde um marco legal fundado na solidariedade, cooperação e suporte mutuo entre os Estados-

⁷ A proposta de convenção inova ao utilizar a expressão “deslocados ambientais” para se referir a todos os migrantes forçados influenciados pelo meio ambiente, sejam temporários ou permanentes, internos ou internacionais. Outra novidade jurídica trazida pela proposta é que os direitos dos refugiados ambientais seriam baseados em princípios consagrados de direito internacional como: a) princípio da solidariedade; b) princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada; c) princípio da proteção efetiva; d) princípio da não discriminação e; e) princípio do *non-refoulement*.

⁸ O artigo 11 desta proposta sistematiza os direitos já existentes da seguinte forma: a) direito à informação e à participação; b) direito de assistência; c) direito à água e à ajuda alimentar; d) direito à moradia; e) direito aos cuidados de saúde; f) direito à personalidade jurídica; g) direitos civis e políticos no Estado de sua nacionalidade; h) direito de respeito à família; i) direito à educação e ao treinamento; j) direito ao trabalho e; k) direito à manutenção de suas particularidades culturais

membros. Tal iniciativa servira certamente como modelo para outros continentes, mas apenas se aplica nos casos de deslocamento interno.

Esses pontos permitem trazer para o centro do debate o fato da proteção jurídica do refugiado ambiental dever considerar que ele é, antes de tudo, o não nacional – o estrangeiro, portanto – vítima de situações de estresse ambiental que provocaram sua migração forçada para fora do país de sua nacionalidade. Por isso, sendo o refugiado ambiental considerado um estrangeiro, sua proteção jurídica baseada em instrumentos internacionais atuais (gerais) e futuros (específicos) se faz imperativa para atacar as necessidades e as peculiaridades dessas pessoas.

CONCLUSÃO

Uma ampla definição dos termos refugiados ambientais ou pessoas deslocadas ambientalmente poderia assegurar um padrão mínimo para proteção global unificada de indivíduos e grupos severamente afetados pela degradação ambiental e climática, os quais necessitam de um reconhecimento internacional de suas condições, seja para mobilidade dentro ou fora dos limites de suas nações de origem ou residência habitual.

A adoção de um sistema específico tem a finalidade não apenas de formalmente reconhecer essa nova categoria de pessoas, mas estabelecer um compromisso global para sua proteção, promovendo a internacionalização de tais compromissos em sintonia com as leis nacionais e estimulando a coordenação de ações entre atores envolvidos em questões relacionadas com os refugiados, migrantes, meio ambiente e direitos humanos, inclusive em relação a seus aspectos preventivos.

Contudo, embora não exista uma norma internacional (e também nacional) que proteja o deslocado ambiental, não há que se falar que o mesmo é completamente desprotegido, como aduzem alguns países (e também juristas) que negam reconhecer o status de refugiado ao deslocado ambiental.

Isto porque o direito interno dos Estados, por meio de suas normas e dos tratados internacionais⁹ de que este Estado faz parte, são aplicáveis aos refugiados ambientais e climáticos naquilo que lhes cabe, fazendo jus estes refugiados a todos os direitos garantidos à pessoa humana, inseridos tanto na constituição quanto em leis esparsas. Em segundo lugar, sob a perspectiva do direito internacional, são aplicáveis aos refugiados climáticos todas as normas existentes no Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), bem como os princípios de direito internacional que regem toda a proteção internacional da pessoa humana, também conhecida como as três vertentes da proteção internacional da pessoa humana – composta pelo DIDH, pelo Direito Internacional Humanitário (DIH) e pelo Direito Internacional dos Refugiados (DIR).

Este pensamento segue a linha de Hannah Arendt (2018) que defendeu que os refugiados e apátridas têm o “direito a ter direitos”, pois, segundo ela, essa é a própria essência dos direitos humanos.

9 Exemplo disso é a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 que pode ser utilizada nestes casos: “Asimismo, debemos recordar que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, norma que puede ser comprendida como una ley fundamental para todo el sistema internacional de protección de los derechos humanos, consagra en su artículo 1º el conjunto de valores que busca resguardar el ideal de Dignidad Humana y consecuentemente determina el contenido mínimo de derechos esenciales para atribución de vida satisfactoria que debe ser conferido a cualquier individuo, independientemente de nacionalidad, creencia, etnia, opinión política entre otros rasgos que son parte de la composición de la personalidad de cada ciudadano, ideas que sirven de base incluso para la adopción de la Convención de Ginebra.” (CONTIPELLI, Ernani; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. *Economía solidaria, dignidad humana y Migración ambiental en un mundo globalizado*. In *Revista Jurídica*. vol. 01, n.º. 50, Curitiba, 2018. pp. 53)

Em nosso entendimento, tanto o Estatuto dos Refugiados (1951) e seu Protocolo (1967) permitem uma interpretação ampliada do conceito de refugiado de maneira a contemplar o refugiado climático. Isto porque a própria Convenção inicia (art. 1º) com os seguintes dizeres: “nos termos desta Convenção [...] é considerado refugiado toda pessoa que”. A Convenção não elimina a possibilidade de existirem quaisquer outras categorias de refugiado e que, estas outras (ou novas) categorias se valham dos instrumentos e instituições da Convenção.

REFERÊNCIAS

ARENDR, Hanna. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia do Bolso, 2018.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venâncio Majer. A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Disponível em: <http://br.librosintinta.com/biblioteca/pdf/DcZRCoAgDADQE7UhfQhdZpjOEiYbTjt_fr33zml-lcppUFuGVR-4By7DGAMq2lDRR8k1Ny6pMHGnwduDPpXVmcJuTj5ZxMFK_QE,.htx>. Acesso em: 13 abr. 2019.

CONTIPELLI, Ernani. **Constitucionalismo climático global**. In *Justiça do Direito*. V. 32, n. 2, 2018, p. 278-300.

CONTIPELLI, Ernani; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. **Economia solidaria, dignidad humana y Migración ambiental en un mundo globalizado**. In *Revista Jurídica*. vol. 01, n.º 50, Curitiba, 2018. p. 46-61.

CONTIPELLI, E. **Governança global, dignidade humana e refugiados (ou deslocados) ambientais**. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n. 30, set/dez, p. 30-39, 2016. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/02/DIR30-02.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. **Refugiados ambientais: mudanças climáticas, migrações internacionais e governança global**. 2012. 113 f., il. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável)—Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11970/1/2012_CarolinadeAbreuBatistaClaro.pdf>. Acesso em 28 abr. 2019.

EL-HINNAWI, E. **Environmental Refugees**. Nairobi: United Nations Environmental Programme, 1985.

FIDÉLIS, M. L. **Refugiados ambientais e a responsabilidade compartilhada dos estados para a efetividade do sistema internacional de proteção da pessoa humana**. 2017. Trabalho de Pós-Graduação em Direito Ambiental, Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/54768/R%20-%20E%20-%20MARIA%20DE%20LOURDES%20FIDELIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 28 abr. 2019.

JACOBSON, Jodi L. **Environmental Refugees: A Yardstick of Habitability**. Worldwatch Paper 86. Washington, D.C.: Worldwatch Institute, November, 1988.

KELLEYS, Colin P.; MOHTADIB, Shahrzad; CANEC, Mark A., SEAGER, Richard; YOCHANAN, Kushnir. **Climate change in the Fertile Crescent and implications of the recent Syrian drought**. In PNAS, vol. 112, no. 11, 2015 p. 3241-3246.

MCNAMARA, Karen Elizabeth. **Conceptualizing discourses on environmental refugees at the United Nations**. Population and Environment, v. 29, n. 1, 2007, p. 12-20.

MYERS, Norman; KENT, Jennifer. **Environmental exodus: an emergent crisis in the global arena**. Washington DC: Climate Institute, 1995.

PENTINAT, S. B. (2006). **Refugiados ambientales: el nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente**. In Revista de Derecho. vol XIX, nº 2: 85-108. Disponível em: <<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v19n2/arto4.pdf>>. Acesso em 25 mai. 2019.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

TACOLI, Cecília. **Crisis or adaptation? Migration and climate change in a context of high mobility**. In Environment & Urbanization International Institute for Environment and Development (IIED). Vol 21, n. 2, 2009, p. 513-525.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A FORMAÇÃO PARTICIPADA DO MÉRITO PROCESSUAL
NAS AÇÕES COLETIVAS EM MATÉRIA TRABALHISTA
E A DEFESA DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS
DOS TRABALHADORES

FABRÍCIO VEIGA COSTA
PEDRO HENRIQUE CARVALHO SILVA

VOLUME 11 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2020

A FORMAÇÃO PARTICIPADA DO MÉRITO PROCESSUAL NAS AÇÕES COLETIVAS EM MATÉRIA TRABALHISTA E A DEFESA DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS DOS TRABALHADORES

THE PARTICIPATED TRAINING OF PROCEDURAL MERIT IN THE COLLECTIVE ACTIONS IN LABOR MATTERS AND THE DEFENSE OF THE METAINDIVIDUAL RIGHTS OF WORKERS

Recebido: 20/02/2019
Aprovado: 05/07/2020

Fabício Veiga Costa¹
Pedro Henrique Carvalho Silva²

RESUMO:

O objetivo da pesquisa é investigar o modelo de processo coletivo do trabalho vigente no Brasil, de modo a analisar se na atual sistemática os trabalhadores tem garantido o direito de participação na formação dialógica do mérito processual. Verificou-se que o processo coletivo brasileiro tem seus fundamentos no Sistema Representativo, que confere legitimidade processual ativa ao Ministério Público do Trabalho e Sindicatos, sem permitir o direito de os trabalhadores participarem do debate processual dos pontos controversos da demanda. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, e do estudo analítico da Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, demonstrou-se que o Sistema Participativo, previsto constitucionalmente, assegura o direito de os interessados difusos e coletivos (trabalhadores) participarem da construção do provimento final de mérito, assegurando-se a democraticidade do conteúdo decisório, relativizando o protagonismo e a discricionariedade judicial.

Palavras-chave: Ações coletivas do trabalho. Mérito processual. Formação participada. Teoria das ações coletivas como ações temáticas.

ABSTRACT:

The objective of the research is to investigate the model of the collective labor process in force in Brazil, in order to analyze if in the current system the workers have guaranteed the right to participate in the dialogical formation of procedural merit. It was verified that the Brazilian collective process has its foundations in the Representative System, which confers active

¹ PÓS-DOCTORADO EM EDUCAÇÃO PELA UFMG (2015). PÓS-DOCTORANDO EM PSICOLOGIA PELA PUCMINAS. DOUTORADO EM DIREITO PROCESSUAL PELA PUCMINAS (2012). Possui GRADUAÇÃO em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (2001), ESPECIALIZAÇÃO em Direito Processual pela PUCMINAS (2003); MESTRADO em DIREITO PROCESSUAL pela PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS (2006); ESPECIALIZAÇÃO em Direito de Família pela PUCMINAS (2009). ESPECIALIZAÇÃO em Direito Educacional pela PUCMINAS (2014). Professor da Pós Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais e da GRADUAÇÃO EM DIREITO da UNIVERSIDADE DE ITAÚNA Coordenador do Curso de Especialização em Direito Processual Constitucional da Faculdade de Pará de Minas. COORDENADOR do curso de Especialização em Direito Processual Civil na Fundação Pedro Leopoldo. Vice-coordenador do curso de Direito da Universidade de Itaúna. Professor do curso de BACHARELADO EM DIREITO na Faculdade de Pará de Minas; Faculdade Pedro Leopoldo; FAMINAS-BH e FASASETE - Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas. Professor da Especialização em Direito Processual e Direito Publico do IEC-PUCMINAS. Professor da PUCMINAS-VIRTUAL. E-mail: fvcufu@uol.com.br

² Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2014). Advogado. E-mail: pedrohcarvalhoadv@gmail.com

procedural legitimacy to the Public Prosecutor's Office and Trade Unions, without allowing the right of workers to participate in the procedural debate of the controversial points of the lawsuit. Through the bibliographical and documentary research and the analytical study of the Theory of Collective Actions as Thematic Actions, it has been demonstrated that the Participative System, constitutionally foreseen, assures the right of diffuse and collective (workers) interested parties to participate in the construction of the final provision of merit, ensuring the democraticity of the decision content, relativizing the protagonism and judicial discretion.

Keywords: Collective actions of work. Procedural merits. In-company training. Theory of collective actions as thematic actions.

1 INTRODUÇÃO

Constitui objetivo geral da presente pesquisa investigar o estudo da formação participada do mérito processual nas ações coletivas que possuem como objeto direitos metaindividuais dos trabalhadores. Pretende-se, com as proposições teóricas apresentadas, demonstrar a importância da utilização da ação civil pública e do mandado de segurança coletivo na proteção dos direitos transindividuais dos trabalhadores, delimitando-se o foco de análise no direito de participação dos interessados na construção do mérito processual, visto como pressuposto da legitimidade democrática do provimento final.

A escolha do tema justifica-se em razão da sua relevância prática e teórica, já que a legitimidade democrática do provimento jurisdicional final nas ações coletivas do trabalho condiciona-se à igual oportunidade conferida aos interessados de participarem do debate dos pontos controversos da demanda e, assim, serem co-autores da decisão de mérito. Pretende-se apresentar apontamentos críticos ao protagonismo e discricionariedade judicial, decorrente do modelo autocrático de processo, cuja concentração dos poderes nas mãos do julgador é a característica central desse formato processual ora descrito.

Partindo-se da premissa de que o direito do trabalho atua como um ramo jurídico promotor da justiça social, e de satisfação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, tem-se um panorama no qual as relações a ele inerentes se tornam cada vez mais complexas. A globalização e o avanço dos modernos fatores de produção potencializam os conflitos na seara laboral, intensificando-se, mormente, o aumento de violações de direitos pertencentes aos trabalhadores que atuam nas unidades produtivas. Nesse diapasão, identifica-se um aumento da conflituosidade, especialmente a de massa, com frequentes violações aos direitos trabalhistas de seus titulares.

O processo coletivo democrático deve ser visto como espaço de debate amplo dos pontos controversos da demanda, evidenciando-se a necessidade de participação dos interessados na formação do mérito processual, retirando-se das mãos do magistrado e do Ministério Público do Trabalho a exclusividade na condução do debate processual, cujos reflexos do provimento final atingem diretamente os trabalhadores titulares do direito em debate.

Inicialmente desenvolveu-se um estudo dos direitos metaindividuais no ambiente laboral, como forma de demonstrar que o direito material do trabalho possui normas jurídicas que objetivam a proteção de direitos individuais e transindividuais, ou seja, protegem-se, também, aqueles direitos que ultrapassam a esfera meramente individual e que pertencem a toda uma coletividade de trabalhadores de determinada categoria profissional.

O estudo dos mecanismos processuais utilizados como parâmetro para a proteção jurídica dos direitos metaindividuais do trabalho é de significativa importância na respectiva

pesquisa. Delimitou-se o estudo processual proposto na análise do mandado de segurança coletivo e da ação civil pública como instrumentos hábeis ao entendimento do debate democrático dos direitos coletivos laborais. Demonstrou-se que a sistemática legal vigente funda-se no sistema representativo, não possibilitando a participação direta dos interessados na formação do mérito, haja vista que a realização de audiências públicas, por exemplo, não é requisito obrigatório para garantir a legitimidade democrática do provimento final.

O sistema representativo funda-se na premissa de que o legislador aprioristicamente é quem define os legitimados processuais ativos à propositura das ações coletivas. No caso especificamente da ação civil pública, por exemplo, o legislador infraconstitucional não incluiu o cidadão no rol dos legitimados ativos, embora todos os titulares dos direitos em debate sofrerão os efeitos jurídicos do provimento final. O legislador optou por eleger representantes dotados de legitimidade jurídica pressuposta para representar a coletividade, excluindo-se os cidadãos desse rol de legitimados, embora todos sejam afetados pelos efeitos da decisão final.

O estudo teórico das premissas científicas e hábeis à formação participada do mérito processual foi fundamental para o entendimento da democraticidade do conteúdo decisório das ações coletivas do trabalho. O sistema participativo foi o referencial utilizado para a ressignificação do sistema representativo, utilizado pelo legislador brasileiro para afastar ou limitar o direito de participação direta dos trabalhadores na formação do mérito processual, comprometendo, assim, a legitimidade democrática do provimento final. Ademais, o que se busca com a presente pesquisa é a identificação dos principais atores que se apresentam nas ações coletivas trabalhistas, e qual seu papel na tutela dos direitos metaindividuais.

A partir das proposições apresentadas, ressalta-se que a pergunta problema proposta é a seguinte: como é juridicamente possível garantir a formação participada do mérito processual nas ações coletivas do trabalho e, assim, assegurar o direito de os trabalhadores serem co-autores do provimento final?

Por meio da pesquisa bibliográfica e documental foi possível demonstrar que o processo coletivo democrático do trabalho é um espaço de dialogicidade que assegura a todos os interessados o direito de participar do debate dos pontos controversos da demanda e, assim, se legitimarem na formação do mérito processual das ações coletivas do trabalho. A delimitação do objeto da pesquisa se deu pelo método dedutivo, partindo-se de proposições macro analíticas, quais sejam, o estudo das ações coletivas do trabalho como mecanismo de proteção dos direitos metaindividuais dos trabalhadores, recortando-se a proposta de tema apresentada no estudo específico da construção dialógico-participada do mérito processual, com ingerência direta dos trabalhadores na formação do provimento final. A utilização das análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas foi essencial para o estudo crítico da problemática apresentada.

2 RELAÇÕES DE TRABALHO E OS DIREITOS METAINDIVIDUAIS NO AMBIENTE LABORAL

O direito do trabalho³ como construção social, atrelada à luta de classes, parte intensamente da noção coletiva, tratando em um nível maior as demandas atinentes aos trabalhadores, enquanto reunidos em categorias. Para Maurício Godinho Delgado (2008, p. 143) este ramo jurídico atua como instrumento civilizatório, ao colocar o trabalhador no

³ Os direitos do trabalhador, enquanto direitos sociais, contribuem para a democratização de poder na economia nas sociedades capitalistas, emancipação e inclusão socioeconômica, ao propiciar o alargamento do mercado, com melhor distribuição de renda e ampliação do poder aquisitivo dos indivíduos integrantes de uma sociedade (MARTINS; BRAZ, 2018, p.101).

caminho do desenvolvimento econmico com justia social, de modo que a negativa de sua implementao resulta fatalmente no fenmeno de discriminao social das grandes maiorias.

Com o advento da Revoluo Industrial, o panorama referente ao labor humano sofreu intensas modificaes, mormente a partir da concentrao dos meios de produo e do aumento do nmero de obreiros exercendo suas atividades no interior das unidades fabris dos centros urbanos. O crescimento do nmero de trabalhadores e o modo capitalista e mecânico de produo provocou um fenmeno de massificao social, no qual se constata a proliferao das demandas de natureza coletiva, como resultado da complexidade na forma como se observa da organizao da sociedade.

A globalizao e o desenvolvimento das tecnologias da informao tem potencializado o processo de massificao, pois permite a reduo das distncias entre os sujeitos e a expanso extraterritorial de empresas, que se tornam multinacionais, renovando assim, a perspectiva mercadolgica atual. A economia global tem feito com que se busque cada vez mais pela ascenso e tomada do poder econmico e dos meios produtivos, o que provoca impactos diretos nas relaes de trabalho, que deixa de assumir carater exclusivamente individual para adquirir feies coletivas. Como resultado, observa-se um aumento dos conflitos envolvendo a coletividade, pois a sociedade passa a ser vista sob a perspectiva macro, considerando sempre o grupo de indivduos que nela se inserem e se relacionam.

Maria das Graas Bonanua Barbosa (2010, p. 198), no mesmo sentido

A busca das empresas pela reduo dos custos tem resultado em perverso movimento pela mitigao dos direitos dos trabalhadores, alm de resultar em evidente precarizao das condies de trabalho, por meio de contrataes ilegais ou fraudulentas, com reduo dos postos de trabalho, do valor dos salrios e do nmero de benefcios aos trabalhadores, alm da grande chaga social do trabalho anlogo ao do escravo.

Sob essa ptica, os direitos fundamentais laborais passam pelo processo de coletivizao, pois as violaes tambm se tornam coletivas, de modo que novas formas de soluo dos conflitos trabalhistas comam a ser elaboradas. Assim, a massificao de conflitos atinge a ordem jurdica de forma pungente, que necessita de buscar mecanismos adequados para sua soluo. O modelo processual concebido originariamente sob uma perspectiva individualista j no se mostra mais adequado para as demandas de natureza metaindividual.

As novas categorias de direitos, que ultrapassam a esfera individual, necessitam de tratamento prprio, especialmente no mbito trabalhista, onde se concentram relaes eminentemente coletivas, reunindo trabalhadores em grandes grupos, suscetveis de terem seus direitos violados. Tal importncia j vinha reconhecida pela ordem jurdica trabalhista, com o advento da Consolidao das Leis do Trabalho, em 1943, reconhecendo as entidades sindicais e o sistema sindical brasileiro.

A partir da Constituio Federal de 1988, as relaes coletivas no mbito trabalhista ganharam reforo com a positivao da estrutura confederativa, da liberdade sindical e sua autonomia em face do Estado, e do papel dos sindicatos na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais das categorias. Diante da ausncia de regramento nos diplomas trabalhistas, as definies acerca dos direitos metaindividuais, classificados pelo artigo 81 do Codigo de Defesa do Consumidor, em difusos, individuais homogneos e coletivos, possuem plena aplicao no Direito do Trabalho, atraindo, desta forma, as normas microssistema das aes coletivas.

No mbito laboral, direito fundamental ao meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado pode ser citado como exemplo de direito coletivo do trabalho. Cada vez mais se tem buscado pela implementao de normas tutelares de sade, segurana e medicina,

visando promover a saúde e integridade física dos obreiros, destacando, assim, sua natureza indivisível e originado de uma mesma circunstância de fato, titularizados por todos que se inserem naquele meio.

Em relação aos direitos individuais homogêneos, pode-se citar a existência de direito de determinado grupo de trabalhadores de uma empresa na percepção do adicional de insalubridade ou gratificação, devido pelo ente patronal. Neste caso, a divisibilidade e a individualidade dos titulares, que podem ser determinados, confere a este direito sua natureza tipicamente transindividual. Corroboram João Batista Martins César (2013, p. 85), destacando que esta categoria é marcada pela divisibilidade do objeto, de modo que a ação correspondente sempre veicula uma pretensão indenizatória aos lesados.

Os direitos coletivos, com suas características de indivisibilidade, e seu nascedouro em uma relação jurídica base comum, também podem estar presentes no ambiente labora. Colaciona-se como exemplo, as fraudes trabalhistas consubstanciadas em contratações ilegais de cooperados ou de terceirizados, violando a cláusula celetista da tradicional estrutura da relação de emprego, a lesão é, portanto, de ordem macro, com possibilidade de identificação dos afetados pela conduta.

Com a identificação e constatação da existência dos direitos metaindividuais trabalhistas, e o fenômeno da massificação de conflitos, há um aumento substancial na complexidade das relações laborais, o que eleva conseqüentemente as possibilidades de violação de tais direitos pelos entes patronais, individualmente ou enquanto reunidos em categorias. Para José Roberto Pimenta e Raquel De Castro Pimenta (2011, p. 159) o descumprimento massivo, reiterado e deliberado dos direitos laborais apresenta um favorável custo-benefício ao empregador, pois alguns fatores se aliam para beneficiá-los, como a prescrição e a dificuldade de comprovar o alegado nos processos judiciais.

Diante das inúmeras lesões perpetradas contra os trabalhadores, as Cortes Especializadas em matéria trabalhista viu aumentar o número de demandas individuais pra coibir e reparar os danos delas decorrentes. Porém, o que se tem observado é que os dissídios individuais se apresentam-se, em muitos casos como conflitos coletivos ou de massa, haja vista a natureza do direito material em debate. A utilização de mão de obra faz com que o modelo de contratação, a forma de prestação do labor e eventualmente o descumprimento de direitos se torne algo padronizado e repetitivo. Tome-se por exemplo, a hipótese em que o empregador de determinada empresa não cumpre com as obrigações decorrentes do depósito do Fundo de Garantia por Tempo de serviço de seus empregados, um dos encargos inerentes ao contrato de trabalho. Inicialmente é possível destacar as lesões individuais de cada um destes obreiros que tiveram o seu FGTS não depositado. Mas, há também uma padronização da conduta lesiva, vez que ela é repetida em um determinado grupo, desencadeando reflexos coletivos no que atine aos direitos dos demais trabalhadores afetados. Assim é possível conceber a existência de uma macrolesão e que demanda sua reparação através de instrumentos reparatórios adequados, enquanto coletividade.

Não raro, violações desta natureza são vistas no âmbito das relações laborais, o que faz com que as ações de natureza coletiva tem chegado cada vez mais ao Tribunais do Trabalho. A nova realidade social tem impactado na estrutura das relações laborais. Reconhecidamente os direitos metaindividuais exercem um relevante papel, em razão da importância e função do Direito do Trabalho na sociedade atual. Nesse diapasão, para que tais direitos sejam adequadamente assegurados e efetivados no plano prático, necessária a busca constante pela implementação de mecanismos eficazes, e compatíveis com a sua natureza metaindividual, garantindo-se, assim, a realização do Direito do Trabalho como promotor da justiça social e instrumento civilizatório.

3 MECANISMOS ATUAIS PREVISTOS PELA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS

O ordenamento jurídico trabalhista, com suas especificidades e particularidades, não desenvolveu contornos próprios para tratar das ações coletivas trabalhistas. O corpo normativo, veiculado essencialmente pela Consolidação das Leis do Trabalho, com Súmulas e Orientações Jurisprudenciais que lhe agregam conteúdo, trazem mecanismos para o processo, e que buscam tutelar os direitos metaindividuais dos trabalhadores, mesmo que de forma insuficiente. A característica dos direitos metaindividuais demanda um modelo processual adequado para a sua efetivação, especialmente no âmbito trabalhista onde as macrolesões são muito frequentes.

Atualmente, a sistemática processual coletiva no ordenamento brasileiro é calcada no microsistema coletivo, que abrange principalmente o CDC (Lei 8.078/90) e a Lei da Ação Civil Pública - LACP (Lei 7.347/85), ambos essencialmente ligados ao direito processual comum. Nesse sentido, André Vasconcelos Roque sintetiza o sistema das ações coletivas,

A concepção de um Direito Processual Coletivo autônomo levou a doutrina a sustentar a existência de um microsistema legislativo de ações coletivas, estruturado basicamente na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor. Embora não se tenha alcançado ainda um sistema verdadeiro, as duas leis se complementam e se inter-relacionam: a Lei nº 8.078/90, ao regular a defesa coletiva dos consumidores, previu em seu art. 117 uma autorização para que suas disposições fossem aplicadas aos direitos tutelados na Lei nº 7.347/85, acrescentando-lhe um dispositivo (art. 21) nesse sentido (2013, p. 107).

Assim, o próprio sistema denota a dificuldade que tem o direito brasileiro no trato das ações coletivas, pois não existe um código único, mas tão somente diplomas legislativos que atuam complementarmente entre si. Como consequência, vislumbra-se uma dificuldade teórica e prática no trâmite das demandas coletivas, que buscam se adequar aos institutos desenhados para o processo civil individual, e não para as situações em que a tutela deve atingir um determinado grupo de indivíduos. Utilizar-se de um modelo individualista de processo dificulta o debate e a democraticidade inerentes e que não representa o espírito da Constituição Federal de 1988, especialmente no tocante às questões de legitimidade para o ajuizamento das demandas coletivas, coisa julgada e outras temáticas já sedimentadas pelo Processo Civil.

A conformação do sistema processual coletivo brasileiro com sua ausência de sistematização constitui um dos principais entraves para a concretização dos direitos metaindividuais, por não oferecer de forma satisfatória uma procedimentalização que garanta o debate democrático no âmbito do processo. Para Fabrício Veiga Costa (2012, p.130), a institucionalização do Estado Democrático de Direito demonstrou claramente a opção do constituinte originário pelo sistema processual coletivo democrático e dialógico. Também, segundo o mesmo autor, a principal função do processo é assegurar amplamente o acesso ao Judiciário a todos os interessados na pretensão deduzida, de forma que para atingir tal desiderato é necessário que se implemente o debate processual a todos os interessados, em especial nas ações cujo objeto abarca um número considerável de atingidos.

No âmbito processual o problema se repete, vez que, as ações que veiculam pretensões metaindividuais não apresentam sistemática própria, cabendo ao intérprete e julgador se socorrer ao microsistema das ações coletivas. Com o advento do novo Código de Processo Civil (13.105/15), e por força de seu artigo 15, as normas relativas ao processo civil comum terão aplicação supletiva e subsidiariamente aos processos trabalhistas, corroborando o artigo 769

do diploma consolidado. Nesse sentido, a Instrução Normativa n. 39⁴ do Tribunal Superior do Trabalho, em seu art. 1º, exige para a aplicação do CPC a omissão da CLT, e que se vislumbre compatibilidade entre as normas processuais e os princípios do Direito Processual do Trabalho.

Conforme destacado, as circunstâncias fáticas que envolvem a prestação do labor humano através dos meios produtivos constituem espaço fértil para a violação dos direitos dos trabalhadores, e de suas categorias, proliferando, assim, a conflituosidade em massa, característica da sociedade globalizada. Ainda que seja necessário o recurso ao microsistema processual coletivo, que se mostra perfeitamente aplicável à esfera laboral, tal premissa não exclui alguns instrumentos já existentes pela legislação em vigente.

Normas jurídico-trabalhistas foram desenhadas para atender as necessidades deste ramo quando os trabalhadores encontram-se reunidos em categorias, fortalecidos pela atuação das entidades sindicais, através de instrumentos de tutela coletiva. Materializando um destes instrumentos, temos as Ações de Cumprimento, com previsão no artigo 872 da CLT. Márcia Regina Lobato ao tratar do tema, sintetiza em poucas palavras o seu objeto:

Pode-se concluir que o mecanismo processual adequado para compelir o empregador a dar cumprimento às cláusulas contidas nos instrumentos coletivos, quais sejam: sentença normativa prolatada pelo Tribunal Regional do Trabalho ou Tribunal Superior do Trabalho em sede de dissídio coletivo, convenção coletiva de trabalho (CCT) ou o acordo coletivo de trabalho (ACT), é a ação de cumprimento (2014, p. 64).

Assim, a ação de cumprimento é mecanismo processual que atua especificamente no âmbito coletivo trabalhista, uma vez que, por meio dela é possível fazer-se cumprir sentenças normativas, acordos e convenções coletivas, demonstrando que está sempre vinculada à uma pretensão coletiva. Com a legitimidade de propositura pelos sindicatos, na defesa dos interesses dos trabalhadores, o seu sentido está nas demandas provenientes de dissídios coletivos trabalhistas e das normas autônomas - Acordos e Convenções Coletivas - assumindo marcadamente uma tendência metaindividual.

Outra previsão do diploma celetista é a relativa ao adicional de periculosidade/insalubridade, com disposição no artigo 195, que permite o ajuizamento de ações de natureza coletiva para pleitear os respectivos consectários legais devidos durante o pacto laboral daqueles que se encontram expostos aos agentes nocivos, também com legitimidade ativa do ente sindical. Nessa senda, destaca-se também o importante papel exercido pela Súmula 310 do TST (Res. TST n. 1/93, 28.4.1993, DJ 6.5.1993), que atualmente encontra-se cancelada pela Resolução 119/2003, DJ. 1º.10.2003, na coletivização das questões trabalhistas.

Em estudo sobre a utilização das ações civis públicas no TST, os autores analisam o impacto do enunciado para a tutela dos direitos trabalhistas em sede coletiva. Para eles a sua edição foi resultado de um posicionamento político do TST, após o aumento das ações relativas aos planos econômicos de Sarney e Collor. Nesse sentido,

O Enunciado 310 veio justamente na pretensão de coibir aquela situação de caos. Na verdade, foi muito além disto, pois simplesmente desestimulou o ajuizamento de novas ações coletivas, ao estabelecer regras totalmente inadequadas para o bom funcionamento das ações coletivas. (ARAÚJO et al, 2006, p.9)

A celeuma instaurada com o enunciado do TST decorre de um erro interpretativo dos Tribunais e sua jurisprudência, que entendendo pela literalidade do texto, adotavam uma postura restritiva quanto ao recebimento e processamento das ações coletivas trabalhistas. A restrição material e de legitimidade, pois há disposições relativas ao sindicato somente, serviu

⁴ Editada pela Resolução n. 203, de 15 de março de 2016, a Instrução Normativa dispõe sobre as normas previstas pelo Novo Código de Processo Civil, que são aplicáveis ou não ao Processo do Trabalho.

como o principal argumento para inibir o ajuizamento de tais ações, o que provocou uma verdadeira redução do número de demandas ajuizadas.

Com o cancelamento da súmula, a disposição consubstanciada no artigo 8º, III, passou a ser interpretada de forma ampliada, conforme destaca Hugo Nigro Mazzilli (2007, p. 302), entendendo que os sindicatos “detêm hoje legitimação para a defesa judicial não só dos interesses individuais, mas dos interesses coletivos, em sentido lato, de toda a categoria”. A atuação em regime de substituição processual confere aos sindicatos a condição de principal defensor dos interesses metaindividuais, nos mecanismos previstos pelas normas trabalhistas, impossibilitando a participação direta dos trabalhadores na construção participada do mérito processual, evidenciando, de forma clara, o modelo representativo e autocrático de processo coletivo. Assim, para a tutela dos direitos metaindividuais, e não sendo a hipótese de se invocar as opções previstas pela CLT, que são mais restritas quanto ao seu objeto, é necessária a aplicação subsidiária do sistema de ações coletivas previsto na legislação infraconstitucional específica e supramencionada (Lei 7347/85 e Código de Defesa do Consumidor), bem como do texto da Constituição brasileira de 1988 que institui o Sistema Participativo de formação democrático-participada do mérito processual.

4 APLICABILIDADE DAS AÇÕES DO MICROSSISTEMA COLETIVO EM MATÉRIA TRABALHISTA

Como já destacado nas seções precedentes, a ausência de regras específicas não é elemento impeditivo para a concretização da defesa dos direitos metaindividuais na seara trabalhista. As ações coletivas tem experimentado um aumento relativo, sendo apontadas como presença constante nos Tribunais do Trabalho, com a forte atuação dos sindicatos obreiros e do próprio Ministério Público do Trabalho, em atendimento ao seu dever constitucional. Novamente verifica-se a opção do legislador pelo Sistema Representativo, que exclui a possibilidade de participação direta dos trabalhadores na construção do provimento final.

A importância dos direitos de natureza coletiva decorre das diversas formas de precarização e ataques aos direitos fundamentais dos trabalhadores, especialmente pelas recentes alterações legislativas promovidas pelo poder público, como a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17). Tal fato demanda dos intérpretes e aplicadores do Direito a revisitação teórica do sistema processual trabalhista, que necessita buscar por instrumentos adequados e que se adequem aos direitos coletivos em defesa. A aplicação das normas previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) torna-se plenamente possível, naquilo que se mostrarem compatíveis com a sistemática processual trabalhista.

Trazendo o microssistema processual comum para a Justiça do Trabalho é possível destacar a possibilidade de manejo da Ação Civil Pública, nos moldes da LACP 7.347/85, com legitimidade pelos sindicatos e pelo próprio Ministério Público do Trabalho. Nesse diapasão, destaca-se também a possibilidade de Mandados de Segurança Coletivos (Lei 12.016/09), que envolvam discussões atinentes ao trabalho. A exclusão dos trabalhadores do rol de legitimados ativos à propositura das referidas ações coletivas evidencia o modelo autocrático-representativo que impossibilita a construção dialógica do provimento pelos seus interessados.

4. 1. Ação Civil Pública Trabalhista (Lei 7.47/85)

Teori Albino Zavascki (2017, p. 59) define a ação civil pública como um conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, reparatórias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, nomeadamente “as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais”. A conceituação do autor, atrela-se ao objeto delimitado pelo artigo 1º da referida lei, que estabelece o sistema de responsabilização aos danos provocados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social. No tocante ao objeto veiculado nestas ações, e que interessam à esfera laboral, apenas alguns poderão ser discutidos, ante sua compatibilidade, desde que possuam dimensão metaindividual.

Destaca-se, nesse sentido, o meio ambiente do trabalho, que emerge como uma ramificação conceitual do meio ambiente e que tem se evidenciado na doutrina por sua importância para a realização da dignidade humana através dos valores sociais do trabalho, para todos os trabalhadores nele insertos. Na definição de Júlio César de Sá da Rocha,

O meio ambiente do trabalho caracteriza-se, pois, como a soma das influências que afetam diretamente o ser humano, desempenhando aspecto chave na prestação e performance do trabalho. Pode-se, simbolicamente, afirmar que o meio ambiente de trabalho constitui o pano de fundo das complexas relações biológicas, psicológicas e sociais a que o trabalhador está submetido. (2002, p. 127).

O meio ambiente laboral, portanto, é um direito de natureza metaindividual tutelável pela ação civil pública. Porém, o que se afigura como mais relevante no bojo das ações civis públicas no âmbito trabalhista, é a cláusula geral, prevista pelo artigo 1º, III, da LACP, que abrange o seu objeto à qualquer direito difuso ou coletivo, em uma tendência ampliativa. Nessa senda, todo e qualquer direito de natureza metaindividual ligado à esfera trabalhista poderá ser veiculado em uma ação civil pública, compatibilizando, assim, o procedimento à defesa dos trabalhadores enquanto categorias ou grupos.

Ainda com relação à matéria, a Medida Provisória 2.180-35 inseriu o parágrafo único no artigo 1º da Lei no 7.347/85, adotando posicionamento limitador ao mecanismo, ao dispor que não será cabível ação civil pública para “veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS (grifei)* ou outros fundos de natureza institucional, cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. De certo, as ações que trazem em seu interior pretensões relativas ao FGTS poderão ter ou não natureza trabalhista, o que torna injustificável a limitação prevista pela legislação vigente, haja vista ser o fundo um direito constitucionalmente garantido, e prestação ligada intrinsecamente ao labor, e que é frequentemente violada pelas entidades patronais. Colaciona-se, nesse sentido, jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que entende admissível a ação para veicular pretensões relativas ao FGTS:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO A DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. Demonstrada a violação a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, torna-se pertinente a reparação do dano coletivo. O ordenamento jurídico brasileiro admite a indenização por danos morais para a reparação de lesão extrapatrimonial causada não só às pessoas físicas, como também às pessoas jurídicas, assim como à coletividade, genericamente considerada, sobretudo quando se tem em vista a massificação das relações de trabalho e suas repercussões na sociedade. Se há desrespeito a direitos fundamentais dos trabalhadores, mediante

ausência de recolhimento de FGTS, haverá margem para a reparação dos danos causados, seja na esfera individual seja na coletiva.⁵

No tocante à legitimidade para a propositura, na esfera trabalhista, o principal legitimado é o Ministério Público do Trabalho, por ser esta uma de suas funções institucionais, ao qual foi imbuído por força do texto da Constituição. O artigo 129, III da Constituição de 1988 deu ao Ministério Público a titularidade na promoção do inquérito civil e a ação civil pública para defesa dos interesses difusos e coletivos. Tal disposição deve ser complementada sistematicamente com o disposto pela Lei Complementar 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, inserto nesse universo o Ministério Público do Trabalho.

A legitimação do ente é expressa no artigo 83, III, para “promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”. Ao *parquet* trabalhista, quando não atua como parte, deverá, por força do artigo 5º, §1º da LACP, atuar como fiscal da lei, e que nos dizeres de João Carlos Leal Júnior e Julio Cesar de Freitas Filho (2009, p. 103), por não se tratar de liberalidade, ao atuar como *custus legis*, a atuação se torna instrumento de manutenção da ordem jurídica, sobrepondo-se até mesmo ao trânsito em julgado, haja vista ser obrigatória a sua intimação ao feito.

Em relação aos sindicatos, ficou assentado o seu dever constitucional em defender os direitos coletivos dos trabalhadores lesados, em decorrência de sua inserção no ambiente laborativo lesivo a sua dignidade, atuando na condição de substituto processual. Os sindicatos constituem associações que se constituem com o objetivo de representar e defender as categorias, profissional ou econômica, sendo esta a sua razão de ser, e o que justifica a sua existência (CÉSAR, 2013, p. 93).

Analisando o rol de legitimados proposto pela LACP, as associações estarão aptas para propor a demanda coletiva, desde que preencha cumulativamente dois requisitos (art. 5º, V, *a* e *b*): constituição há pelo menos um ano, nos termos da lei; e que tenha por finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Nesse sentido, mais um dispositivo atua na interpretação para conceder a legitimação aos sindicatos no sentido de atuarem em prol dos direitos dos trabalhadores. Portanto, o sindicato é uma associação, na forma do artigo 5º, V, presumido sua legitimidade (CÉSAR, 2013, p. 93).

Importante esclarecer que os trabalhadores individualmente não possuem legitimidade ativa para a propositura das ações coletivas trabalhistas, além da legislação vigente não garantir sua participação na formação participada do mérito processual, evidenciando a existência de um modelo de processo coletivo autocrático que não preza pela legitimidade democrática no seu conteúdo decisório.

4. 2 Mandado de Segurança Coletivo (Lei 12.016/09)

O mandado de segurança coletivo é ação constitucional, com previsão no artigo 5º, inciso LXX, com previsão dos legitimados para sua propositura. Sua regulamentação infraconstitucional veio com o advento da lei 12.106/09, já que os artigos 21 e 22 disciplinam objeto, procedimento e legitimados. O mandado de segurança coletivo apresenta similitudes ao individual, e, segundo Teori Zavascki (2017, p. 197), a maior diferença estaria caracterizada

⁵ TRT-MG-0002361-06.2013.5.03.0105- Primeira Turma, Rel. Emerson José Alves Lage, publicado em 28.01.2015

pela legitimação ativa, já que é possível a defesa de um grupo de direitos líquidos e certos de cunho metaindividual.

No tocante ao seu objeto, sua delimitação é feita logo pelo texto Constitucional: a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra atos ou omissões ilegais, ou com abuso de poder de autoridade, com intuito de preservar ou reparar interesses individuais homogêneos e coletivos. A lei 12.016/09 elenca também em seu artigo 21, parágrafo único, os direitos individuais homogêneos e coletivos, olvidando-se dos direitos difusos, onde se instaura uma controvérsia interpretativa.

Não obstante os debates em sede doutrinária, estando a ação mandamental inserida no microsistema das ações coletivas tem-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, não havendo sentido em deixar de incluir os direitos difusos em seu objeto, a par da ausência legislativa. É nesse sentido o entendimento de Eduardo Arruda Alvim (2010, p. 362-363):

Conforme dito, o parágrafo único do art. 21 da Lei 12.016/09 estatui que os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser os direitos coletivos stricto sensu e os direitos individuais homogêneos. Todavia, conforme dissemos linhas atrás, o silêncio da nova lei disciplinadora do mandado de segurança não afasta o cabimento do writ coletivo para a tutela de direitos difusos.

Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto (2009, p. 192) entendem ser plenamente cabível o mandado de segurança coletivo para tutelar os interesses difusos, ainda que se esteja sob a vigência da Lei nº 12.016/09, que se omitiu a esse respeito. Na delimitação de seu objeto não encontram-se óbices para seu cabimento na esfera laboral, haja vista a presença de tais direitos metaindividuais no espaço trabalhista. A sedimentação de seu cabimento para defesa dos trabalhadores vem com a previsão da legitimação expressa dos organismos sindicais para a propositura do mandado de segurança coletivo.

O Supremo Tribunal Federal⁶ entende que para que os sindicatos possam atuar em defesa dos trabalhadores, basta sua constituição regular, nos termos de constituição da lei vigente, não sendo necessário seu reconhecimento pelo ente responsável, qual seja, Ministério do Trabalho e Emprego. Ainda, a edição das Súmulas 629 e 630, trouxe entendimento sobre a possibilidade de ação que contenha interesse de apenas parte da categoria, e sobre a desnecessidade de autorização dos membros associados. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que sintetiza o que foi dito até o presente momento:⁷

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 5º, INCISO I, DA LEI 12.016/09 - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO COLETIVO E DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO COLETIVO - ADEQUAÇÃO DA LIDE MANDAMENTAL COLETIVA. As disposições do procedimento do mandado de segurança coletivo estão contidas nos artigos 21 e 22 da referida Lei nº 12.016, de 2009. Embora também sejam aplicáveis ao procedimento do mandado de segurança coletivo as disposições concernentes ao procedimento do mandado de segurança individual, previstas na mesma lei, elas devem ser compatibilizadas com os pressupostos processuais e as condições da ação mandamental de caráter coletivo. Desta forma, sendo a lide mandamental coletiva fundamentada em direito difuso, coletivo ou individual homogêneo (artigo 21, parágrafo único, da Lei nº 12.016, de 2009), não está condicionada à submissão de uma jurisdição administrativa, porque só cabe recurso administrativo para defesa de direito individual do interessado (artigo 636, caput e seus parágrafos, da CLT), identificados como infrator na lavratura

6 A legitimidade de sindicato para atuar como substituto processual no mandado de segurança coletivo pressupõe tão somente a existência jurídica, ou seja, o registro no cartório próprio, sendo indiferente estarem ou não os estatutos arquivados e registrados no Ministério do Trabalho. RE 370.834, rel. min. Marco Aurélio, j. 30-8-2011, 1ª T, DJE de 26-9-2011.

7 TRT-MG-0010697-19.2015.5.03.0108- Terceira Turma, Rel. Milton Vasques Thibau de Almeida, publicado em 21.09.2017

de um auto de infração (artigo 629, caput e seus parágrafos da CLT). Não existe a possibilidade de lavratura de um auto de infração coletivo e, conseqüentemente, da interposição de um recurso administrativo coletivo, de sorte que, conforme assegura o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito transindividual de natureza coletiva ou que seja decorrente de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante, e que por isso são direitos coletivos protegidos pelo mandado de segurança coletivo (artigo 21, parágrafo único, da Lei nº 12.016, de 2009).

O mandado de segurança coletivo, como ação para a proteção do direito líquido e certo, apresenta rito abreviado que demanda prova pré-constituída, e fornece uma tutela jurisdicional aos direitos metaindividuais, quando manejadas para a defesa dos direitos dos trabalhadores. Trata-se de mais um modelo de ação judicial coletiva que privilegia o Sistema Representativo, uma vez que confere legitimidade extraordinária aos Sindicatos, por exemplo, excluindo-se do rol dos legitimados ativos os trabalhadores na sua perspectiva individual, além de não garantir que todos os afetados pelo provimento final sejam coautores da decisão de mérito, afastando-se a adoção do Sistema Participativo, expressamente adotado pelo legislador constituinte.

5 A FORMAÇÃO PARTICIPADA DO MÉRITO PROCESSUAL NAS AÇÕES COLETIVAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO: DO SISTEMA REPRESENTATIVO AO SISTEMA PARTICIPATIVO

As proposições teóricas que fundamentam o processo coletivo vigente no Brasil são de natureza dogmática e construídas a partir da herança individualista e autoritária do processo civil, cujo entendimento e compreensão advêm do exercício da autoridade e do poder jurisdicional pelo julgador. Essa acepção autocrática, utilizada como ideologia regente no estudo do processo coletivo lhe retira qualquer possibilidade de discussão e análise no plano da constitucionalidade democrática. Tais proposições teóricas refletem diretamente no modelo de processo coletivo vigente na justiça do trabalho.

A reconstrução dos fundamentos teóricos do processo coletivo se faz necessária para viabilizar a revisitação e a superação da visão privatística do processo coletivo vigente no Brasil. Compreender o processo coletivo pelo viés do processo civil é reconhecer a exclusão dos interessados difusos e coletivos na construção do provimento estatal. Estudar o processo coletivo a partir da concepção teórica preconizada pelos estudiosos do processo civil é o mesmo que reconhecer um modelo de processo através do qual os legitimados processuais serão apenas aqueles sujeitos ou aquelas instituições aleatoriamente escolhidos pelo legislador como aptos à proteção dos direitos coletivos e difusos.

O estabelecimento do rol de legitimados, ou seja, a definição, pelo legislador, de algumas instituições legitimadas à propositura das ações coletivas (ex. Ministério Público) é considerada uma das demonstrações mais claras de que temos uma vertente essencialmente autoritária para o entendimento do processo coletivo. Tal afirmação se justifica inicialmente pelo fato do atual modelo de processo coletivo adotado no Brasil ser distinto teoricamente daquele modelo de processo preconizado e trazido pela Constituição brasileira de 1988.

A base de todo o processo coletivo brasileiro vigente encontra-se no Sistema Representativo. Trata-se de um modelo de processo através do qual o legislador, solitária e unilateralmente, é quem define os legitimados à propositura de uma ação coletiva. O processo de construção e de sistematização da legislação que regerá o processo coletivo brasileiro é desenvolvido por sujeitos considerados legitimados a definir peremptoriamente quem serão os sujeitos legitimados a figurar como autores de uma ação coletiva. O cidadão, além de não

participar das discussões acerca da elaboração da legislação que implementará sistematicamente o processo coletivo no Brasil, é absolutamente excluído do rol de legitimados a propositura da ação coletiva (por exemplo, ação civil pública).

A previsão do Sistema Representativo no processo coletivo brasileiro vigente denota a adoção da ideologia perpetrada por uma cognominada assembléia de especialistas, composta por pessoas presumidamente mais preparadas para exercer, em nome dos demais interessados, os direitos coletivos e difusos. A escolha de instituições ou de determinadas pessoas e a sua legitimação para atuarem em nome de todos os interessados difusos e coletivos demonstra claramente a inadequação e a incompatibilidade com o modelo de processo coletivo adotado no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido ressalta-se que “[...] com o acesso das massas à justiça, grandes parcelas da população vêm participando do processo, conquanto por intermédio dos legitimados à ação coletiva” (GRINOVER; MENDES; WATANABE, 2007, p. 12-13).

A adoção do Sistema Representativo exterioriza a opção do legislador brasileiro pela legitimidade extraordinária⁸ como fator regente de praticamente todo o processo coletivo no Brasil. O artigo 5º da Lei 7.347/85⁹ traz como legitimados à propositura da ação civil pública o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes da Administração Pública Direta (União, Distrito Federal, Estados e Municípios), os entes da Administração Pública Indireta (Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista) e as associações constituídas há pelo menos um ano nos termos da legislação civil brasileira e que inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ao patrimônio artístico, histórico, turístico, estético e paisagístico.

Pela análise do texto legal que institui a ação civil pública resta claro que o cidadão não é considerado parte legítima para figurar como autor da respectiva ação coletiva, tendo em vista que o legislador optou expressamente pelo Sistema Representativo como fator regente do modelo de processo coletivo adotado no Brasil. No âmbito das ações coletivas propostas na justiça do trabalho vigora o referido modelo de processo centrado em bases autocráticas, haja vista a restrição e impossibilidade de os interessados difusos e coletivos poderem participarem da construção dialógica do mérito processual.

Em contrapartida, verifica-se que a Constituição brasileira de 1988 traz no seu artigo 1º a soberania popular e a cidadania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao instituir o princípio da participação popular como o parâmetro para o entendimento discursivo-constitucional-democrático do modelo de processo coletivo que deve ser adotado no Brasil a partir de 1988.

A institucionalização do Estado Democrático de Direito como a forma de Estado adotada pelo Brasil representa expressamente a intenção do legislador constituinte revisitar e superar o modelo de processo coletivo desenvolvido essencialmente a partir do Sistema Representativo. Pretendeu o legislador constituinte implementar o Sistema Participativo como norte ao entendimento crítico do processo coletivo constitucional democrático.

8 [...] Os modelos de legitimação para agir que se seguiram, como veremos adiante, na verdade procura reduzir o fenômeno coletivo, difuso, a um sistema de representação no qual se reconheceria a “um” ente ou a uma pessoa qualificado para representar a vontade de todos. Como veremos, isso nada mais é do que a reprodução do modelo da legitimação para agir do processo individual, no qual um sujeito eleito pela norma como o detentor da legitimação representa todos os possíveis interessados e em nome deles atua como um representante adequado daqueles que suportam os efeitos do provimento (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 135).

9 Os legitimados para a ação civil pública são aqueles que integram o rol do art. 5º da Lei Federal nº 7347/85, ou então, aqueles constantes do rol do art. 82 da Lei Federal nº 8078/90, sempre lembrando que as disposições desse último diploma se aplicam não apenas às ações coletivas em que se tutelem os interesses transindividuais dos consumidores, mas também a quaisquer interesses difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, diante da reciprocidade dos diplomas, criadas através do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública e do art. 90 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (VIGLIAR, 1999, p. 74).

O fato de o legislador constituinte estabelecer no parágrafo único do artigo 1º da Constituição brasileira de 1988 o exercício da soberania popular através de representantes eleitos, não pretendeu excluir a possibilidade de exercício direto da soberania popular pelo povo. Importante ressaltar que o conceito de povo deve ser lido sob a perspectiva do processo constitucional, ou seja, como cidadão, tendo em vista que a cidadania no Estado Democrático de Direito implementar-se-á mediante a oportunização de exercício efetivo dos Direitos Fundamentais e de construção participada dos provimentos estatais por todos aqueles sujeitos juridicamente interessados na construção dialética do mérito processual.

O processo coletivo não pode mais ser reduzido a um mero instrumento para o exercício da jurisdição, cujo rol de legitimados é aquele taxativamente estabelecido pelo legislador. Pensar e discutir o processo coletivo a partir do sujeito, ou seja, sob o prisma do Sistema Representativo, é reconhecer a sua incompatibilidade com o modelo de processo trazido pelo legislador constituinte, uma vez que o respectivo sistema jurídico é excludente ao não viabilizar a participação de todos os interessados da pretensão na construção do provimento.

A Constituição brasileira de 1988 trouxe um novo paradigma de compreensão do direito pátrio ao instituir um modelo de processo cuja finalidade essencial é assegurar amplamente o acesso ao Judiciário a todos os interessados na pretensão deduzida em juízo. É nesse contexto teórico que o processo constitucional no Estado Democrático de Direito passou a ser visto como uma instituição que possui as seguintes finalidades: a) viabilizar a implementação dos Direitos Fundamentais instituídos no plano constituinte pelo Devido Processo Legislativo; b) oportunizar a construção participada do provimento estatal mediante a institucionalização de um espaço processual em que todos os interessados difusos e coletivos terão legitimidade no debate da pretensão deduzida em juízo e, por conseguinte, na construção participada do mérito no contexto do processo coletivo.

A democratização do processo coletivo pressupõe a revisitação e a superação teórica do Sistema Representativo, que dará lugar ao Sistema Participativo, para que todos os interessados difusos e coletivos tenham legitimidade para intervir juridicamente no debate e na construção participada do mérito processual nas ações coletivas.

A Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, de autoria do jurista Vicente de Paula Maciel Junior, reconstrói teoricamente todo o processo coletivo ao propor a superação do Sistema Representativo pelo Sistema Participativo. O processo coletivo deixa de ser visto sob o enfoque do sujeito, ou seja, o legislador não tem legitimidade para definir imperativamente quais serão as pessoas ou as instituições legitimadas a propositura de uma ação coletiva de forma genérica e abstrata. O legislador não poderá definir taxativamente o rol de legitimados à propositura das ações coletivas, tendo em vista que deverá assegurar a todos os sujeitos interessados na pretensão deduzida em juízo o direito de figurar como parte na relação processual ora instituída.

Dessa forma, o processo coletivo¹⁰ passa a ser estudado e compreendido especificamente a partir do objeto, tendo em vista que será a partir da pretensão inicialmente deduzida é que teremos condições de auferir casuisticamente quem serão as pessoas a figurarem como partes legitimamente interessadas a participar da construção discursivo-democrática do mérito da ação coletiva. A legitimidade dos interessados difusos e coletivos no debate processual do mérito é auferida na medida em que a análise da pretensão denota que a demanda atinge “um fato e um bem sobre a qual a tutela judicial vai incidir e poder envolver um grande número de interessados” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 173). Nesse mesmo sentido, Vicente de Paula

¹⁰ Pressupondo o processo como um instrumento democrático da racionalidade, ele necessariamente deverá permitir que dele participem todos os que afirmem um interesse e invoquem o prejuízo sofrido demandando uma solução hipoteticamente prevista na norma, no sistema jurídico (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 170).

Maciel Junior afirma que “a definição judicial sobre o fato que atinge um número grande de interessados revela que a demanda é coletiva” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 173).

A constitucionalização do processo coletivo se deu no sentido de democratizar o seu entendimento a partir da ampliação do rol de legitimados a propositura da ação coletiva, tal como ocorre com a ação popular. Desde 1965, com o advento da Lei 4717, o cidadão é parte legítima a propositura da ação popular, com a finalidade de buscar a anulação ou a nulidade de ato lesivo ao patrimônio público. Segundo estabelece o respectivo dispositivo legal, a legitimidade processual ativa do cidadão para fins de propositura da ação popular comprovava-se mediante a demonstração da regularidade do exercício dos direitos políticos. Importante ressaltar que o objeto da ação popular a partir da leitura da Lei 4717/65 era um tanto restrito, tendo em vista que se delimitava apenas a possibilidade do cidadão buscar o controle dos atos da administração pública no sentido de proteger o patrimônio e o interesse público.

A Constituição brasileira de 1988, no artigo 5º, inciso LXXIII manteve o instituto da ação popular como instrumento legítimo que poderá ser utilizado gratuitamente por qualquer cidadão, no gozo de seus direitos políticos, com a finalidade de buscar a anulação ou a declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público, bem como a proteção da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. Comparativamente com a Lei 4717/65, o instituto da ação popular trazido pela Constituição brasileira de 1988 estabeleceu um objeto mais amplo, que vai além da mera possibilidade de controle dos atos lesivos ao patrimônio público.

Nesse contexto propositivo, o processo coletivo deve ser resultado da compreensão procedimental e discursiva dos direitos coletivos e difusos, no contexto da participação dos sujeitos interessados como agentes da formação da vontade democrática. O princípio básico da democracia é o direito de simétrica participação dos interessados nos processos de formação da vontade e da opinião. É necessário oferecer a todos os interessados iguais condições de participação na construção do provimento. O processo de formação da vontade coletiva deverá ser produto da vontade comum, discursivamente construída pela autonomia argumentativa de cada sujeito interessado na pretensão ou no objeto do debate.

A processualização constitucionalizada do discurso democrático é o *médium* lingüístico para garantir a legitimidade dos provimentos fora de uma realidade nua, ou seja, o discurso jurídico não pode ter como conseqüência a prevalência de determinados argumentos construídos pelo juízo da autoridade, pela imposição do dogma do melhor argumento, pela sobreposição de direitos coletivos sobre direitos individuais, assim como se ressalta a vedação a todo tipo de conduta praticada no sentido de delimitar ou de restringir o espaço de argumentação processual.

As proposições científicas desenvolvidas pelo jurista Vicente de Paula Maciel Júnior, autor da Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, refletem a tentativa de reconstrução do modelo clássico de processo coletivo proposto pela Escola Paulista de Processo, cujo foco de análise concentra-se no sistema representativo e parte de pressuposições teóricas trazidas do processo civil como norte ao entendimento da legitimidade para agir nos direitos coletivos.

Ao contrário do processo civil, que estabelece a titularidade individual da pretensão deduzida, no processo coletivo sempre quem propõe a ação não será o único interessado na demanda coletiva. Além disso, existem casos em que o próprio autor da ação detém a capacidade postulatória sem, portanto, ser um dos titulares da pretensão coletiva, como é o caso do Ministério Público e da Defensoria Pública, que atuam na condição de legitimado extraordinário.

Considerando-se que o processo coletivo democrático é o *locus* do debate jurídico e amplo da pretensão, serão legitimados ao provimento todos aqueles sujeitos que demonstrarem

interesse em participar do discurso jurídico da pretensão. A partir da análise crítica do princípio democrático no contexto das ações temáticas, o rol de legitimados processuais à propositura de uma ação coletiva sempre deverá ser exemplificativo, ou seja, não se admite e não se reconhece jurídico-constitucionalmente o rol taxativo de legitimados, haja vista que essa é uma forma ilegítima de exclusão dos interessados do debate processual das questões meritórias que integram o objeto da demanda. Por isso, é importante esclarecer que o atual modelo de processo adotado pelo Brasil e produto das contribuições científicas de estudos desenvolvidos pelos representantes da Escola Paulista de Processo (Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco), não é compatível com o Estado Democrático de Direito, em virtude de adotar um rol taxativo de legitimados dotados de uma pseudo-legitimidade jurídica de representação dos sujeitos titulares de direitos metaindividuais, excluindo-se, desse rol proposto, o próprio cidadão e titular individual de direitos coletivos e difusos de ser autor de uma ação coletiva.

Vincenzo Vigoritti (1979, p. 3) afirma que a instituição da democracia representativa, expressão do pensamento jurídico liberal, vivencia uma expressiva crise de natureza irreversível, uma vez que seus fundamentos não são mais suficientes para viabilizar a construção do entendimento democrático-constitucionalizado do modelo de processo coletivo que efetivamente assegure a participação popular. Enaltece em sua obra a insuficiência das construções teóricas sobre o interesse de agir no processo civil como critério regente ao entendimento da legitimidade de agir no processo coletivo.

Toda essa construção teórica apresentada é utilizada para ressignificar a forma de compreender as ações coletivas em matéria trabalhista. A superação do Sistema Representativo, com a conseqüente adoção do Sistema Participativo, constitui um meio de enxergar o processo coletivo do trabalho como um *locus* de amplo e isonômico debate das questões controversas que envolvem os direitos metaindividuais dos trabalhadores. Como forma de assegurar a democraticidade na construção do mérito processual, deve-se assegurar o direito dos interessados serem co-autores da decisão final de mérito, já que nesse modelo de processo apresentado tem-se a relativização do protagonismo e discricionariedade judicial.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de processo coletivo brasileiro vigente tem seus fundamentos no Sistema Representativo, uma vez que o legislador elegeu instituições e pessoas específicas, dotadas de legitimidade jurídica pressuposta, para a propositura das respectivas ações judiciais coletivas. Dessa forma, deixou de adotar o Sistema Participativo, previsto constitucionalmente, ocasionando a exclusão dos interessados coletivos e difusos da possibilidade de participarem dialogicamente da formação do mérito processual, comprometendo-se a democraticidade do provimento final. Em razão das proposições apresentadas, verifica-se que a possibilidade de os trabalhadores poderem ser co-autores do provimento final de mérito das ações coletivas trabalhistas fica condicionada à adoção do modelo participativo, que privilegia a ampla dialogicidade e a exauriência argumentativa dos pontos controversos da demanda, retirando-se do magistrado a exclusividade do poder de decidir solitariamente o mérito da pretensão deduzida.

A conflituosidade de massa é uma realidade constante nas modernas relações de trabalho, atraindo cada vez mais para seu interior a discussão da adequada tutela dos direitos de natureza metaindividual dos trabalhadores. A sistemática constitucional e legislativa brasileira privilegia a atuação das entidades sindicais na defesa dos interesses individuais e coletivos

das categorias e dos trabalhadores, trazendo mecanismos como as ações de cumprimento, a substituição processual dos sindicatos e outras ações coletivas. Porém, o que se observou, é que não se afigura suficiente o atual estado em que a legislação trabalhista se encontra, para atender às necessidades dos direitos que transcendem à esfera individual dos obreiros.

Nesse sentido torna-se fundamental o auxílio às normas previstas pelo microsistema processual coletivo, que mesmo sem uma sistematização efetiva, possuem ferramentas mais adequadas de tutela coletiva. O avanço promovido pela Lei da ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor trouxe para o campo processual trabalhista novas possibilidades, compatibilizando seus institutos à particularidades do ramo especializado. Os direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos tem papel fundamental na sistemática laboral, merecendo tratamento adequado, de modo que sua efetivação plena depende de instrumentos processuais específicos.

Assim, conforme doutrina e jurisprudência, no que for compatível, as regras do microsistema coletivo aplicam-se às demandas trabalhistas, que veiculam pretensões metaindividuais. Desta forma, plenamente factível a propositura de ações civis públicas, através dos legitimados ativos - sindicatos e Ministério Público do Trabalho -, bem como mandados de segurança coletivos, em matéria trabalhista. A proliferação das demandas coletivas tem demandado da doutrina e jurisprudência trabalhistas respostas mais efetivas, sendo imprescindível socorro à normas do sistema processual comum, para que seja efetivada a tutela dos direitos metaindividuais dos trabalhadores.

A garantia da democraticidade do provimento final de mérito das ações coletivas do trabalho exige a adoção do Sistema Participativo. Mesmo que a ação seja proposta pelo Ministério Público ou Sindicatos, na qualidade de legitimados extraordinários, deve ser garantido aos interessados coletivos e difusos (trabalhadores) o direito de participarem amplamente do debate do mérito das questões controversas da demanda. Para isso, deve-se ressignificar o procedimento vigente a partir da teoria das ações temáticas, de modo a viabilizar maior amplitude na dialogicidade processual, oportunizando-se o direito de debate a todos os sujeitos afetados pelos efeitos do provimento final. Negar o direito de os trabalhadores debaterem o mérito de uma pretensão coletiva do trabalho é não permitir sua legitimidade democrática, além de perpetuar o modelo autocrático de processo fundado na discricionariedade judicial.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos do mandado de segurança coletivo à luz da lei 12.106/09. **Revista Jurídica**. n. 392, p. 11- 48 , junho/2010.

ARAÚJO, Adriane; CASAGRANDE, Luís; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. 2006. “Ações civis públicas no TST: atuação do Ministério Público do Trabalho e dos sindicatos em perspectiva comparada”. **Cadernos CEDES**. N 6. Rio de Janeiro: Escola Superior do Ministério Público da União/Centro de Estudos Direito e Sociedade/IUPERJ.

BARBOSA, Maria da Graça Bonança Barbosa. **Ação Coletiva Trabalhista: Novas perspectivas**. São Paulo: LTr, 2010.

CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. **Ações coletivas e a substituição processual dos sindicatos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

CÉSAR, João Batista Martins. **Tutela coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2013.

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito processual: a formação participada nas ações coletivas**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006

GIDI, Antonio. Código de Processo Civil Coletivo: Um modelo para países de direito escrito (The Class Action Code: A Model for Civil Law Countries). **Revista de Processo**, Vol. 111, p. 192, 2003.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. FAVRETO, Rogério. **Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: RT. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do Processo nas ações coletivas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 82, p. 180-197, São Paulo, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; FREITAS FILHO, Julio Cesar de. Da ação civil pública em matéria trabalhista. **Semina: Ciências Sociais e Humanas**, Londrina, v. 30, n. 2, p. 89-110, 2009

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A ação civil pública e a tutela dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores em condições análogas à de escravo. **Revista do TST**, Brasília, vol. 71, no 2, p. 146-173, maio/ago 2005.

LOBATO, Márcia Regina. Ação de cumprimento. **Revista Fórum Trabalhista – RFT**. Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 37-66, jan./fev. 2014.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: Ltr, 2006.

MARTINS, Thiago Penido; BRAZ, Virgínia Lara Bernardo. AS TRANSFORMAÇÕES NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, A REFORMA TRABALHISTA E A PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. **Direito & Desenvolvimento**, v.9, numero 2, ago-dez, 2018. Disponível em <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/675/557>. Acesso em 20 fev. 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural**. 24 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. **Substituição Processual Sindical**. São Paulo: LTr, 2011.

PIMENTA, José Roberto Freire; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. Efetividade da tutela jurisdicional trabalhista e substituição processual sindical: análise da recente evolução da jurisprudência do tribunal Superior do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v.54, n.84, p.157-177, jul./dez.2011

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito ambiental do trabalho**: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador. São Paulo: LTr, 2002.

ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas no Direito brasileiro contemporâneo - De onde viemos, onde estamos e para onde vamos? **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**. Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 93-120, out./dez. 2013.

SOUZA, Zoraide Amaral de. Panorama contemporâneo da legitimação extraordinária dos sindicatos no processo trabalhista e na ação de cumprimento. **Amazon's Research and Environmental Law**. v. 3, n. 2, p. 25-41, mai. 2015.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. O processo coletivo na Teoria Geral do Processo Civil: Legitimidade e coisa julgada. **Revista de Direito/Universidade Federal de Viçosa**, Minas Gerais, v. 5, n. 2, p.179-182, 2013.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; OLVEIRA; Izabela Cristina de. Tutela jurisdicional coletiva: aspectos históricos e o microsistema de tutela dos Direitos coletivos no direito brasileiro. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XXI, v. 25, n. 1, p. 102-124 Jan./jun. 2016

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação Civil Pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi Collettivi e Processo - la legittimazione ad agire**. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1979.

VILAÇA, Zuleide Barbosa; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin Teixeira. Mandado de segurança coletivo: aspectos coletivos e constitucionais essenciais. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 12, n. 1, p. 259-280, jan./jun. 2012.

ZAGO, Evair de Jesus. A tutela coletiva efetivada pelos sindicatos e associações civis. **RIL Brasília** a. 53 n. 209 jan./mar, p. 277-302, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O PLANO DE MANEJO FLORESTAL COMO INSTRUMENTO
DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA AMAZÔNIA

ANA CAROLINA FARIAS RIBEIRO
LUCIANA COSTA DA FONSECA
CARLA MARIA PEIXOTO PEREIRA

VOLUME 11 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2020

O PLANO DE MANEJO FLORESTAL COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA AMAZÔNIA

THE FOREST MANAGEMENT PLAN AS AN INSTRUMENT OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN THE AMAZON

Recebido: 17/10/2018
Aprovado: 03/06/2020

Ana Carolina Farias Ribeiro¹
Luciana Costa da Fonseca²
Carla Maria Peixoto Pereira³

RESUMO:

O Desenvolvimento sustentável na Amazônia envolve o controle e monitoramento da exploração dos recursos florestais e o plano de manejo florestal sustentável é considerado um dos principais instrumentos da política de proteção ambiental para o setor. Este artigo identifica os obstáculos para aprovação do plano de manejo florestal sustentável (PMFS) na Amazônia, e analisa de que forma os obstáculos comprometem o objetivo de desenvolvimento socioambiental. A metodologia adotada foi a revisão da bibliografia e o levantamento de dados, tendo como objetivo contribuir para a identificação dos entraves para elaboração e execução do plano de manejo florestal na Floresta Amazônica.

Palavras-chave: Desenvolvimento Sustentável. Manejo Florestal. Amazônia. Sustentabilidade. Meio Ambiente.

JEL: K10, Q30, Q56, Q57.

ABSTRACT:

Sustainable development in the Amazon region involves the control and monitoring of the exploitation of forest resources and the sustainable forest management plan is considered one of the main instruments of the environmental protection policy for the sector. This article identifies obstacles to the approval of a sustainable forest management plan (PMFS) in the Amazon, and analyzes how the obstacles jeopardize the socio-environmental development objective. The methodology adopted was the literature review and the data collection, aiming to contribute to

¹ Professora de Direito na Universidade da Amazônia- UNAMA. Mestra em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do CESUPA, na linha de pesquisa Direito, Ambiente e Desenvolvimento Regional. Pesquisadora membro do grupo de pesquisa "Mineração e Desenvolvimento Regional na Amazônia"- CNPQ. Advogada E-mail: fariasribeiro.carol@gmail.com

² Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999), Especialização em Direito Sanitário pela Faculdade de Direito e pela Faculdade de Saúde Pública da USP (2001), Graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (1993). Atualmente é professora adjunta da Universidade Federal do Pará - UFPA e professora da Graduação e Pós - Graduação do Centro Universitário do Pará - CESUPA. E-mail: lucianacfonseca@uol.com.br.

³ Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará (PPGD/CESUPA). Doutorado em Desenvolvimento Socioambiental em curso no Núcleo de Altos Estudos Amazônicos da Universidade Federal do Pará (PPGDSTU/NAEA/UFPA). Especialista em Gestão de Cidades e Sustentabilidade pelo Núcleo de Meio Ambiente da Universidade Federal do Pará (PROFIMA/NUMA/UFPA). Especialista em Direito do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Vice-Coordenadora do Grupo de Pesquisa CNPq Direito, Desenvolvimento Sustentável e Amazônia (GDAM), pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPq MinAmazônia - Mineração e Desenvolvimento Regional na Amazônia e membro do Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Ordenamento Territorial e Urbanodiversidade na Amazônia (GEOURBAM). E-mail: carla_peixoto@hotmail.com.

the identification of obstacles to the elaboration and execution of the forest management plan in the Amazon.

Keywords: Sustainable Development. Forest management. Amazon. Sustainability. Environment.

1 INTRODUÇÃO

A exploração sustentável dos recursos florestais é um dos principais desafios da Amazônia na área ambiental. A permanência dos elevados índices de desmatamento ilegal na região demonstra que a política de proteção ambiental ainda precisa ser intensificada, por meio de múltiplas estratégias. O presente artigo analisa a contribuição do Plano de Manejo Florestal Sustentável (PMFS) para o desenvolvimento socioambiental, considerado pela legislação ambiental como essencial para uso dos recursos naturais na Amazônia.

Apesar das contribuições que podem ser trazidas pelo PMFS, a elaboração, aprovação e controle pelo órgão ambiental competente não é tão simples. O artigo identifica os entraves para implementação do plano de manejo florestal sustentável (PMFS) na Amazônia e analisa de que forma os entraves comprometem o objetivo de desenvolvimento socioambiental do setor florestal.

O objetivo da pesquisa é investigar de que forma os obstáculos para aprovação do PMFS comprometem a noção de desenvolvimento sustentável na Amazônia. Tem como objetivos específicos, identificar de que forma a exploração dos recursos florestais impacta o desenvolvimento sustentável na Amazônia, analisar o plano de manejo florestal como instrumento do desenvolvimento sustentável e identificar os principais entraves para sua elaboração e execução. O universo de pesquisa restrito a Amazônia, região com o maior impacto ambiental decorrente do desmatamento ilegal. A metodologia adotada envolveu a revisão da doutrina sobre o tema e levantamento de dados.

A pesquisa está sendo desenvolvida pelo Grupo de Pesquisa Direito Desenvolvimento Sustentável e Amazônia, vinculado ao Centro Universitário do Pará - CESUPA e ao Projeto de Pesquisa "IBIS: Integração, Biodiversidade e Socioecologia - ordenamento territorial na zona Amazônia-Caribe", integrante do Programa CAPES-COFECUB.

2 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A UTILIZAÇÃO DE RECURSOS FLORESTAIS NA AMAZÔNIA

A deterioração ambiental deve ser reconhecida como tal através de um processo de definição e construção social. Neste processo, o conhecimento científico de um determinado problema ambiental não se traduz necessariamente em ações para reverter o problema, o que confirma que este conhecimento, apesar de ser necessário para a tomada de decisões, não é suficiente (PAFFARINI; COLOGNESE; HAMEL, 2017, p. 55).

A noção de desenvolvimento promove acirrados debates nas diversas áreas do conhecimento. A análise da distinção entre desenvolvimento e crescimento econômico, os critérios e a metodologia de identificação e medição do desenvolvimento têm merecido a atenção dos pesquisadores, como ressalta Reymão e Silva ao tratarem sobre o crédito (2018,

p. 197): “O acesso ao crédito é uma das condições necessárias para o exercício do direito ao desenvolvimento, pois pode ensejar condições mínimas necessárias para a existência digna.”

Para análise proposta neste artigo, toma-se por referencial a doutrina de Ignacy Sachs, que desenvolveu a partir do conceito cunhado por Karl William Kapp de “ecodesenvolvimento” uma teoria mais sofisticada do que os economistas clássicos, na qual propõe uma visão holística das questões econômicas, sociais e ambientais. Sachs afirma que a ideia de desenvolvimento é sustentada por um tripé, e propõe a noção de desenvolvimento sustentável, que poderia ser desdobrada em socialmente incluyente, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado no tempo. Propõe oito dimensões de sustentabilidade que devem ser consideradas: a social, a cultural, a ecológica, a ambiental, a territorial, a econômica e a política, em seus aspectos internos e externos (SACHS, 2009).

Sachs alerta que “a sustentabilidade no tempo das civilizações humanas vai depender da sua capacidade de se submeter aos preceitos de prudência ecológica e de fazer um bom uso da natureza” (SACHS, 2010, p. 10).

É evidente que a exploração dos recursos naturais é determinante para a o desenvolvimento da região amazônica e o desafio está concentrado na construção de um modelo sustentável, que deve envolver as características ecológicas, sociais, culturais e econômicas da região.

A Amazônia possui uma extraordinária riqueza florestal e tem como principal desafio a exploração florestal sustentável e autorizada e o combate ao desmatamento ilegal.

Os dados de desmatamento demonstram a insuficiência dos esforços. O Boletim de Desmatamento na Amazônia, publicado pelo IMAZON aponta que em junho de 2018 foram identificados 1169 quilômetros quadrados de desmatamento na Amazônia Legal. A fração de desmatamento entre 1 e 10 hectares foi de 4% do total detectado (52 quilômetros quadrados). Considerando somente os alertas a partir de 10 hectares, houve aumento de 108% em relação a junho de 2017, quando o desmatamento somou 537 quilômetros quadrados. Em junho de 2018, o desmatamento ocorreu no Amazonas (31%), Pará (29%), Rondônia (22%), Mato Grosso (16%), Roraima (1%) e Acre (1%) (FONSECA, CARDOSO et. Ali, 2018).

A situação é ainda mais alarmante em relação as florestas degradadas na Amazônia Legal que somaram 40 quilômetros quadrados em junho de 2018. Um aumento considerável em relação a junho de 2017, quando a degradação florestal detectada totalizou 8 quilômetros quadrados. Em junho de 2018 a degradação foi detectada nos estados do Pará (90%) e Mato Grosso (10%) (FONSECA, CARDOSO et. Ali, 2018).

O Estado do Pará é um dos líderes no desmatamento ilegal na Amazônia. De acordo com os dados do sistema de monitoramento da exploração madeireira do Estado do Pará (2017) relacionado a 2015 e 2016, um total de 105.298 hectares de floresta foram explorados pela atividade madeireira no período de agosto 2015 a julho 2016, sendo a maioria, em torno de 56% ou 59.148 hectares, com autorização do órgão competente, enquanto 44% ou 46.149 hectares foram executados sem a devida autorização (CARDOSO e SOUZA, 2017).

Cardoso e Souza (2017, p.11 e 12) destacam que a comparação dos dados sobre a exploração madeireira do período compreendido entre agosto de 2011 a julho de 2012 e agosto 2015 a julho 2016 demonstra um aumento de 70% (+24.520 hectares) na exploração madeireira autorizada e uma redução de 62% (-76.460 hectares) na exploração não autorizada. Em relação as áreas exploradas sem autorização destacam que a grande maioria (81%) ocorreu em áreas privadas, devolutas ou sob disputa; outros 13% em Áreas Protegidas (Terras Indígenas e Unidades de Conservação); e apenas 6% em assentamentos de reforma agrária. Além disso, 60% (ou 27.440 hectares) do total explorado sem autorização ocorreu dentro de áreas inscritas no Cadastro Ambiental Rural -CAR.

Desse modo, resta evidenciado que a Amazônia é rica em recursos florestais, mas parte desses recursos não são utilizados de forma sustentável pelas empresas do setor ou pelas comunidades tradicionais. Embora os dados demonstrem um aumento da exploração autorizada e a redução da exploração não autorizada, não há razão para comemoração. Os dados devem ser confrontados com a legislação ambiental, que sofreu intensa modificação após a primeira coleta de dados (2011/2012). Certamente, os dados são influenciados pelas alterações trazidas pela Lei 12.651/2012 (Código Florestal), que possibilitou a regularização da exploração de áreas rurais consideradas consolidadas, desde que exploradas antes de 22 de julho de 2008.

As projeções de impactos do novo código florestal indicam um retrocesso na manutenção da cobertura de florestal. Soares-Filho (2013) ressalta que 62% do território brasileiro (cerca de 530 milhões de hectares) são cobertos por vegetação nativa; 40% desse total se encontra em áreas de conservação de domínio público ou em terras indígenas (91% na Amazônia) e os 60% restantes em propriedades privadas ou terras públicas ainda sem designação. Alerta que a cobertura vegetal remanescente no Brasil, provê uma série de serviços ambientais, como manutenção da biodiversidade, polinização e controle de pestes, manutenção do solo e, em resultado, redução da erosão, ciclagem de nutrientes, manutenção do regime de chuvas e do fluxo hidrológico, e sequestro e armazenamento de carbono, dentre outros. Especificamente sobre o ativo florestal encontrado na Amazônia, o pesquisador alerta que deve ser visto com reserva, pois boa parte dele se encontra em áreas ainda sem designação. (SOARES-FILHO, 2013, p. 3).

Sobre o passivo florestal, houve uma redução de 58% na área que deve ser recomposta. A pesquisa aponta que os estados que mais tiveram redução no passivo ambiental foram Mato Grosso, Pará, Minas Gerais e Bahia. (SOARES-FILHO, 2013, p. 6). Em síntese, após a revisão, o passivo ambiental se concentra nas bordas da Amazônia, por quase toda a extensão da Mata Atlântica e no sul do Cerrado, onde a ocupação agrícola é maior. Biomas com maior passivo ambiental são Amazônia, Mata Atlântica e Cerrado. Em extensão absoluta, estados com maiores áreas a serem recuperadas são Mato Grosso, São Paulo, Pará e Minas Gerais. (SOARES-FILHO, 2013, p. 6).

Tem sido grande o esforço na busca de mecanismo de fiscalização e combate ao desmatamento ilegal, por meio do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAM), criado em 2004, com objetivo reduzir de forma contínua e consistente o desmatamento e criar as condições para se estabelecer um modelo de desenvolvimento sustentável na Amazônia Legal, com base em quatro eixos: ordenamento Fundiário e Territorial; Monitoramento e Controle Ambiental; Fomento às Atividades Produtivas Sustentáveis; Instrumentos Econômicos e Normativos.

As ações contidas no PPCDAM contribuíram significativamente para a redução na taxa de desmatamento da Amazônia, medida pelo Projeto Prodes (Projeto de Monitoramento do Desflorestamento na Amazônia Legal, de responsabilidade do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais - INPE/MCTI). As quatro menores taxas de desmatamento foram observadas na terceira fase do PPCDAM (2012, 2013, 2014 e 2015). Os resultados obtidos na terceira fase do PPCDAM foram analisados e serviram de subsídio para que o Ministério do Meio Ambiente coordenasse a elaboração de uma nova estratégia de proteção dos biomas, tendo como base a dinâmica do desmatamento por categoria fundiária (Terras Indígenas, Unidades de Conservação, Assentamentos de Reforma Agrária e Glebas Públicas Federais não destinadas). (BRASIL, 2016)

A quarta fase do PPCDAM (2016 a 2020) foi lançada quando o desmatamento apresentou um aumento de 29 % em relação à taxa de 2015, dado preliminar de 2016. O aumento da taxa anual de desmatamento representa uma ameaça ao atendimento da meta

estabelecida pela PNMC, que é de 80% de redução até 2020. A taxa atual corresponde a uma redução de 59,3% em relação à linha de base estabelecida pela PNMC (19.625 km²). Partindo desta (7.989 km²), é necessário reduzir o desmatamento em cerca de 1.000 km²/ano até 2020 para garantir o resultado esperado pela PNMC, segundo os dados divulgados pelo Ministério do Meio Ambiente (BRASIL, 2016)

Na produção florestal, a matéria-prima pode ser proveniente de florestas plantadas ou de florestas naturais. A transformação da matéria-prima florestal resulta em Produtos madeireiros e Produtos não madeireiros, conforme esclarece o Sistema Nacional de Informações Florestais - SNIF (2016, p. 02):

O Produto Madeireiro é todo o material lenhoso passível de aproveitamento para: serraria, estacas, lenha, poste, moirão, etc. E o Produto Não Madeireiro é todo o produto florestal não-lenhoso de origem vegetal, tais como resina, cipó, óleo, sementes, plantas ornamentais, plantas medicinais, bem como serviços sociais e ambientais, como reservas extrativistas, sequestro de carbono, conservação genética e outros benefícios oriundos da manutenção da floresta.

É imprescindível a intervenção do Estado por meio de políticas públicas neste e em outros setores de recursos florestais não madeireiros, que proporcionem a sustentabilidade da exploração madeireira, valorizem os produtos e, sobretudo, que os adequem ao nível sustentável para que caminhem juntos a exploração de recursos naturais e o desenvolvimento sustentável, sendo de extrema relevância para isso a participação dos povos e comunidades tradicionais na elaboração e fiscalização das políticas públicas (SANTILLI, 2005).

Em relação à exploração sustentável dos recursos florestais madeireiros, os principais entraves são a carência profissionais qualificados, o conservadorismo de algumas empresas, as leis e normas infralegais, bem como a burocracia na gestão dessas atividades. O Centro de Gestão e Estudos Estratégicos - CGEE aponta que seria necessário a implementação de um processo mais simplificado de exploração desse setor, para desenvolver uma prática sustentável (CGEE, 2009).

Entretanto, mesmo diante da dificuldade encontrada para expansão do setor madeireiro, o mesmo é capaz de contribuir para o desenvolvimento sustentável e gerar empregos, de acordo com o Serviço Florestal Brasileiro; Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia (2010, p.08):

Por sua vez, a indústria madeireira gerou aproximadamente 204 mil empregos, dos quais 66 mil empregos diretos (processamento e exploração florestal) e 137 mil empregos indiretos. Ou seja, em média, cada emprego direto gerou 2,06 postos de trabalho indiretos, na própria Amazônia Legal, nos segmentos de transporte de madeira processada, revenda de madeira processada, lojas de equipamentos e maquinário para o setor madeireiro, consultoria florestal (elaboração de planos de manejo florestal), consultoria jurídica, e no beneficiamento da madeira processada para a fabricação de móveis em movelarias.

Apesar de progressos sensíveis nas últimas décadas, notadamente em nível da definição de um quadro técnico e institucional adequado, o uso dos recursos florestais, na Amazônia brasileira, permanece problemático pois, os modos de exploração atuais carecem de sustentabilidade e a sobrevivência a médio e longo prazo das florestas está em perigo (CGEE, 2009).

É importante ser ressaltado que ainda existe um certo preconceito do ponto de vista do empreendedorismo na Amazônia brasileira e, em contrapartida, são dados maiores incentivos a empresas internacionais e poucos ou quase nada a empresas nacionais, conseqüentemente

o lucro das nossas regiões é levado e é deixado conosco pobreza e desigualdade (LOUREIRO, 2015).

Violeta Loureiro aponta a clara relação entre a devastação da natureza e o índice de desenvolvimento humano (LOUREIRO, 2015, p.274).

Os indicadores e estatísticas em geral têm mostrado que os estados mais devastados da região são justamente aqueles com menos índice de desenvolvimento Humano-IDH; ou seja, são os que apresentam mais baixo padrão de vida de seus habitantes. Isto indica que a devastação da natureza não tem nos levados ao desenvolvimento, mas, ao contrário, à manutenção da pobreza e da má qualidade de vida.

As experiências vividas pelas populações amazônicas e os estudos realizados nas últimas décadas deixam claro que o desenvolvimento proposto para a Amazônia pelos órgãos públicos faliu, segundo Loureiro (2015). Isto mostra que quando os órgãos planejam executar projetos grandes como estradas e hidrelétricas, acabam expulsando de suas terras ribeirinhos e índios (LOUREIRO, 2015).

Desse modo, ressalta-se a importância do incentivo as empresas na Amazônia, afinal o desenvolvimento sustentável não visa apenas a sustentabilidade ambiental, como também a social, ou seja, os programas de governo criam incentivos fiscais para pessoas com baixa renda para conseguirem apoio para seus pequenos negócios, sustentabilidade do ponto de vista econômico, que possibilite que os empreendimentos sejam rentáveis promovendo uma vida digna; e do ponto de vista ambiental, promovendo a sustentabilidade da natureza (LOUREIRO, 2015).

Para que seja alcançada a sustentabilidade do ponto de vista ambiental, é necessário a presença do Estado, pois a ausência de políticas públicas instaura mais conflitos, sobrecarregando cada vez mais o Poder Judiciário (LOUREIRO, 2015). Neste cenário, é preciso encontrar uma forma de aliar exploração de recursos florestais com o desenvolvimento.

Neste contexto, torna-se ainda mais relevante a existência de mecanismos como o Plano de Manejo Florestal Sustentável, principal mecanismo de sustentabilidade ecológica da exploração madeireira.

3 O PLANO DE MANEJO FLORESTAL SUSTENTÁVEL E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA AMAZÔNIA

O Plano de Manejo Florestal Sustentável - PMFS está intimamente relacionado com o desenvolvimento sustentável proposto por Sachs. É a forma encontrada para se estabelecer uma relação entre a exploração do recurso natural e a proteção da qualidade ambiental e dessa forma alcançarmos um desenvolvimento ambiental.

O manejo ecológico é exigência prevista expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB (art. 225, § 1º, I) ao determinar a obrigação do Poder Público de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas.

São várias as normas infraconstitucionais que regulamentam o artigo 225 da CRFB, em especial a Lei Federal n. 12.651/2012, Código Florestal, que dedicou um capítulo específico para dispor sobre a exploração florestal, condicionando a exploração de florestas nativas e formações sucessoras, de domínio público ou privado, ao licenciamento pelo órgão ambiental competente, mediante aprovação prévia de PMFS que contemple técnicas de condução,

exploração, reposição florestal e manejo compatíveis com os variados ecossistemas que a cobertura arbórea forme (art. 31).

O conceito legal de manejo sustentável está previsto no artigo 3º, VII, da Lei 12.651/2012, que define manejo sustentável como a administração da vegetação natural para a obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo e considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização de múltiplas espécies madeireiras ou não, de múltiplos produtos e subprodutos da flora, bem como a utilização de outros bens e serviços.

A Lei Federal 12.651/2012 em seu artigo 31, § 1º, especifica os fundamentos técnicos e científicos do PMFS: I - caracterização dos meios físico e biológico; II - determinação do estoque existente; III - intensidade de exploração compatível com a capacidade de suporte ambiental da floresta; IV - ciclo de corte compatível com o tempo de restabelecimento do volume de produto extraído da floresta; V - promoção da regeneração natural da floresta; VI - adoção de sistema silvicultural adequado; VII - adoção de sistema de exploração adequado; VIII - monitoramento do desenvolvimento da floresta remanescente; IX - adoção de medidas mitigadoras dos impactos ambientais e sociais.

Além das exigências para aprovação do PMFS, a Lei Federal 12.651/2012 também exige o cumprimento de obrigações relacionadas ao controle e monitoramento do manejo. O detentor do PMFS encaminhará relatório anual ao órgão ambiental competente com as informações sobre toda a área de manejo florestal sustentável e a descrição das atividades realizadas e deve ser submetido a vistorias técnicas para fiscalizar as operações e atividades desenvolvidas na área de manejo (art. 31, § 3º e § 4º).

A própria Lei Federal 12.651/2012 identifica a dificuldade de elaboração e execução do manejo florestal na pequena propriedade ou posse rural familiar e determina a criação de procedimentos simplificados de elaboração, análise e aprovação dos referidos PMFS. (art. 31, § 6º).

Outra política pública de extrema relevância é a criação de Unidades de Conservação, de proteção integral ou de uso sustentável, regulamentadas pela Lei Federal n. 9.985/2000, que estão organizadas segundo um Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC. As unidades de conservação são um importante mecanismo de controle do desmatamento e degradação ambiental porque estabelecem restrições para o uso da terra na Amazônia e historicamente apresentam um reduzido percentual de desmatamento e degradação, quando comparada com as demais.

A Lei Federal n. 9.985/2000, em seu artigo 28, determina que são proibidas, nas unidades de conservação, quaisquer alterações, atividades ou modalidades de utilização em desacordo com os seus objetivos, o seu Plano de Manejo e seus regulamentos.

Compreende-se que o papel do Plano de Manejo é possibilitar o planejamento da unidade de conservação. Tal elaboração é produzida a partir do estudo pormenorizado dos recursos naturais existentes e dos fatores antrópicos, estabelecendo o zoneamento da área e os programas de manejo, no qual serão definidas as diretrizes e atividades necessárias para manejar e gerenciar a área (HABER, 2015). Como afirma Benatti (2003, p. 122):

Dessa forma, observa-se que a manutenção da unidade de conservação depende de um planejamento realista que consiga ser ao mesmo tempo flexível e eficiente, possibilitando as atividades de manejo alternativas viáveis a fim de buscar um maior conhecimento das características específicas da área.

Nas UCs são proibidas alterações ou modalidades de atividades as quais estejam em desacordo com seu PMFS e este, assim que aprovado, deve estar disponível para consulta do

público na sede da unidade de conservação e no centro de documentação do órgão ambiental executor (HABER, 2015).

Vale salientar que o Plano de Manejo constitui ainda lei interna da unidade de conservação, que tem o objetivo proteger as diferentes populações, habitats e ecossistemas, preservando o patrimônio biológico existente.

A Lei Federal n. 11.284/2006, que regulamenta a gestão das florestas públicas, dispõe especificamente sobre o conceito de manejo florestal sustentável como a administração da floresta para a obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo e considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização de múltiplas espécies madeireiras, de múltiplos produtos e subprodutos não madeireiros, bem como a utilização de outros bens e serviços de natureza florestal (art. 3º, VI)

A Lei Federal n. 11.284/2006 elegeu o manejo sustentável como princípio da gestão de florestas públicas quando determina o fomento ao conhecimento e a promoção da conscientização da população sobre a importância da conservação, da recuperação e do manejo sustentável dos recursos florestais (art. 2º, VII) e quando determina a garantia de condições estáveis e seguras que estimulem investimentos de longo prazo no manejo, na conservação e na recuperação das florestas (art. 2º, VIII)

O plano de manejo florestal é o aproveitamento racional e ecologicamente sustentável e deve ser incentivado como um meio para a concretização de um desenvolvimento sustentável, tendo em vista que não aborda apenas o desenvolvimento econômico.

É possível observar os aspectos desenvolvimento sustentável no Plano de Manejo Sustentável: o aspecto social e cultural, relacionado a melhoria da qualidade de vida da comunidade que desenvolve o plano de manejo florestal sustentável; o aspecto econômico referente a possibilidade de negociação lícita do produto no mercado nacional e internacional; o aspecto territorial e ecológico, uma vez que permite o uso racional e ecologicamente equilibrado da terra e identificação do responsável pela exploração.

4 OS ENTRAVES PARA ELABORAÇÃO E EXECUÇÃO DO PMFS

Destacam-se como principais entraves relacionados à aprovação do plano de manejo florestal sustentável: a) baixa capacidade de investimento e incentivos financeiros e fiscais, b) burocracia e falta de controle no procedimento de aprovação do PMFS e c) ausência da participação das comunidades tradicionais no processo de elaboração do PMFS, quando estiverem envolvidas.

4.1 Baixa capacidade de investimento e incentivos financeiros e fiscais

De acordo com Angelo; Da Silva, et al., (2014, p. 344) dentre os pontos fracos encontrados no plano de manejo florestal é possível se deparar com o alto custo de implantação e manutenção dos planos de manejo. Apontam que “outro fator que onera a cadeia produtiva é o custo de transporte entre a floresta e a serraria, que responde por 40% dos custos da atividade madeireira” O valor global do plano de manejo supera em 25% o valor da madeira comercializada no mercado local, sem contar que o custo total da madeira em tora colocada na serraria significa, aproximadamente, 60% do custo de todas as atividades inerentes à retirada da madeira (ANGELO; DA SILVA, et al., 2014).

Deste modo, tais fatores influenciam a baixa de capacidade de investimentos pois o processo de desenvolvimento e a manutenção do manejo é custoso e faltam incentivos fiscais pois existe a “competição desleal com a madeira de origem ilegal” e a “exploração não manejada ainda é lucrativa no curto prazo” (ANGELO; DA SILVA, et al., 2014, p. 346).

Vale considerar a conclusão de Angelo e Da Silva (2014, p. 346):

Por último, cabe ressaltar que existe um inter-relacionamento entre as questões mais valorizadas, uma vez que representam ameaças inerentes à manutenção do recurso florestal na Amazônia. Primeiramente, a competição desleal, entre a madeira proveniente da exploração predatória e a madeira de manejo florestal, tem forte relação com o fato de que a extração de madeira predatória, ainda, é mais lucrativa, no curto prazo

Pode-se afirmar que uma das principais ameaças ao desenvolvimento do manejo está relacionada à concorrência desleal com madeira de origem ilegal. A concorrência desleal, o baixo incentivo para exploração legal por meio de plano de manejo muito mais custoso, e que deveria ser incentivado para evitar a exploração predatória (ANGELO; DA SILVA, et al., 2014).

4.2 Burocracia e falta de controle no procedimento de aprovação do PMFS

Como explica o Instituto Floresta Tropical (2013, p.22) a falta de implementação efetiva do manejo florestal e a escassez de profissionais treinados para sua implementação são grandes ameaças à sustentabilidade de longo prazo das florestas.

Além das dificuldades de escassez de profissionais treinados, é possível observar que os planos de manejo estão sendo executados de forma ilegal, sem serem aprovados pelos órgãos competentes, como observa o CGEE (2009, p.205):

Inúmeros estudos recentes demonstram que, apesar das exigências da legislação ambiental em vigor, como a aprovação de “planos de manejo” e as autorizações para o transporte, essa atividade ainda se desenvolve predominantemente à margem dos sistemas oficiais de controle, operando em sua maioria com base em sistemas arcaicos de exploração e baixos níveis de produtividade (grande Utilização de recursos florestais madeireiros 205 desperdício de biomassa) e constitui atualmente um dos principais vetores de impactos ambientais sobre os ecossistemas amazônicos. Raros são os empreendimentos na região que operam de acordo com as normas legais em vigor [...].

4.3 Ausência da participação das comunidades tradicionais no processo de elaboração do PMFS

É também importante que as comunidades tradicionais participem do processo de elaboração do PMFS, pois muitas podem ter seu modo de vida modificados por essa exploração. Neste contexto, é necessário que o procedimento de aprovação e execução do plano de manejo florestal promova a participação da comunidade, com a finalidade de garantir seus direitos e evitar que sejam prejudicados por meio eventuais impactos socioambientais negativos.

Sobre este aspecto, merece destaque a Instrução Normativa Nº 7/2017/GABIN/ICMBIO, de 21 de dezembro de 2017, que estabelece diretrizes e procedimentos para elaboração e revisão de planos de manejo de unidades de conservação da natureza federais, que expressamente determina que a elaboração ou revisão do plano de manejo deverá assegurar a participação

efetiva das comunidades tradicionais e grupos sociais relacionados à Unidade de conservação, valorizando o conhecimento tradicional e local e harmonizando interesses socioculturais e conservação da natureza (art. 3º, III); e deve basear-se na melhor informação disponível a respeito da Unidade de Conservação e seu entorno no momento da elaboração ou revisão do plano de manejo, buscando o reconhecimento, a valorização e integração de diferentes formas de saber, tanto de caráter técnico-científico quanto o das comunidades tradicionais e locais (art. 3º, XIV).

Os instrumentos de participação da comunidade devem ser aperfeiçoados, considerando as características culturais, sociais e econômicas da comunidade envolvida.

Seja por falta de políticas públicas específicas, seja em virtude da regulamentação jurídica inadequada, as comunidades tradicionais não atuam de maneira ativa na elaboração e na execução do PMFS, embora utilizem os recursos naturais há muitas gerações. Entretanto, muitas vezes estes procedimentos não estão de acordo com as políticas sustentáveis (SANTILLI, 2005).

5 CONCLUSÃO

A Amazônia possui uma extraordinária riqueza florestal que tem como desafio a construção de um modelo sustentável, que deve envolver as várias dimensões de sustentabilidade que compõem o desenvolvimento sustentável (social, cultural, ecológica, ambiental, territorial, econômica e política).

Deve haver a intensificação de ações integradas relacionadas à identificação e repressão das atividades ilícitas e do crime organizado, da promoção de uma economia de base florestal e do ordenamento do território que possibilite melhor gestão e viabilize projeções mais consistentes sobre o uso da terra, distinguir o desmatamento ilegal do legal, visando atender ao compromisso de promover políticas para reduzir a supressão ilegal, sem prejuízo do desenvolvimento regional.

O plano de manejo florestal é o aproveitamento racional e ecologicamente sustentável e deve ser incentivado como um meio para a concretização de um desenvolvimento sustentável, tendo em vista que não envolve apenas o desenvolvimento econômico. Tem intrínseca relação com o desenvolvimento sustentável e sendo executado de adequada, pode ser capaz de contribuir também para as comunidades locais que residem na região amazônica.

É possível observar os aspectos desenvolvimento sustentável no Plano de Manejo Sustentável: o aspecto social e cultural, relacionado a melhoria da qualidade de vida da comunidade que desenvolve o plano de manejo florestal sustentável; o aspecto econômico referente a possibilidade de negociação lícita do produto no mercado nacional e internacional; o aspecto territorial e ecológico, uma vez que permite o uso racional e ecologicamente equilibrado da terra e identificação do responsável pela exploração.

Os principais entraves relacionados à aprovação do plano de manejo florestal sustentável na Amazônia são: a) baixa capacidade de investimento e incentivos financeiros e fiscais, b) burocracia e falta de controle no procedimento de aprovação do PMFS e c) ausência da participação das comunidades tradicionais no processo de elaboração do PMFS, quando estiverem envolvidas.

Os entraves no processo de elaboração do plano de manejo florestal sustentável podem se tornar um empecilho para a sua concretização bem como para o desenvolvimento sustentável na região Amazônica.

É necessário aperfeiçoar e intensificar a elaboração e execução do manejo florestal sustentável no âmbito da produção madeireira nas florestas nativas da Amazônia e estruturação dos mecanismos de controle e monitoramento.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Humberto; DA SILVA, Julio Cesar; DE ALMEIDA, Alexandre Nascimento; POMPERMAYER, Raquel de Souza. **Análise estratégica do manejo florestal na Amazônia brasileira**. Curitiba: Floresta, 2014.

BENATTI, José. **Posse agroecológica e manejo florestal a luz da lei 9.985/00**. Curitiba: Editora Afiliada, 2003.

BRASIL. **Constituição de República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988.

_____. Lei Federal nº 9.985, 18 de julho de 2000.

_____. Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012.

_____. Lei Federal nº 11.284, de 02 de março de 2006

BRASIL, Ministério do meio Ambiente – MMA. **Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal**, 2016.

CGEE. **Um projeto para a Amazônia no século 21: desafios e contribuições**. Brasília: Centro de Gestão de Estudos Estratégicos, 2009.

CARDOSO; SOUZA. **Sistema de Monitoramento da Exploração Madeireira (Simex): Estado do Pará 2015-2016**. Belém, PA: Imazon, 2017.

FONSECA, A., JUSTINO, M., CARDOSO, D., RIBEIRO, J., SALOMÃO R., SOUZA Jr., C., & VERÍSSIMO, A. **Boletim do desmatamento da Amazônia Legal** (junho 2018) SAD (p. 1). Belém: Imazon, 2018.

HABER, Lilian Mendes. **Código Florestal aplicado**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2015.

INSTITUTO CHICO MENDES DE BIODIVERSIDADE. **Instrução Normativa Nº 07**, de 21 de dezembro de 2017.

INSTITUTO FLORESTA TROPICAL. **Informativo Técnico 1: manejo florestal e exploração de impacto reduzido em florestas naturais de produção na Amazônia**. Belém: IFT, 2013.

PAFFARINI, Jacopo; COLOGNESE, Mariângela; HAMEL, Eduardo. A insuficiência da responsabilidade socioambiental Empresarial na perspectiva do desenvolvimento Sustentável. *Revista Direito e Desenvolvimento*.v.08, n. 2, 2017.

REYMÃO, Ana Elizabeth; SILVA, Northon. Crédito e direito ao desenvolvimento: o Amazônia florescer e a inclusão financeira dos produtores de açaí. **Direito e Desenvolvimento**, v.09, Jan/Jul, 2018.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SACHS, Ignacy. In: VEIGA, José Eli. **Desenvolvimento Sustentável. O desafio do século XXI**. Prefácio. Rio de Janeiro: Garamond, 2010

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica a diversidade biológica e cultural**. 1 ed. São Paulo: Editora Peirópolis, 2005.

SERVIÇO FLORESTAL BRASILEIRO; INSTITUTO DO HOMEM E MEIO AMBIENTE DA AMAZÔNIA. **A atividade madeireira na Amazônia Brasileira**. Belém: 2010.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES FLORESTAIS; SERVIÇO FLORESTAL BRASILEIRO. **Boletim de Recursos Florestais**. Brasília: 2016.

SOARES-FILHO, Britaldo. **Impacto da revisão do Código Florestal: Como viabilizar o grande desafio adiante?** Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. 2013.



UNIPÊ

Centro Universitário
de João Pessoa